Supplemento ordinario alla "Gazzetta Ufficiale" n. 66 del 20 marzo 2010 - Serie generale

Spediz. abb. post. 45% - art. 2, comma 20/b
Legge 23-12-1996, n. 662 - Filiale di Roma

DELLA REPUBBLICA ITALIANA

PARTE PRIMA **Roma - Sabato, 20 marzo 2010** SI PUBBLICA TUTTI I GIORNI NON FESTIVI

DIREZIONE E REDAZIONE PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - UFFICIO PUBBLICAZIONE LEGGI E DECRETI - VIA ARENULA 70 - 00186 ROMA
AMMINISTRAZIONE PRESSO L'ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO - LIBRERIA DELLO STATO - PIAZZA G. VERDI 10 - 00198 ROMA - CENTRALINO 06-85081

N. 56

AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

DELIBERAZIONE 16 febbraio 2010.

Regolamento per la pubblicazione sul sito web degli atti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

DELIBERAZIONE 2 marzo 2010.

Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

DETERMINAZIONE 12 gennaio 2010.

Requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché per gli affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi.

S O M M A R I O

AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

DECRETI E DELIBERE DI ALTRE AUTORITÀ

AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

DELIBERAZIONE 16 febbraio 2010.

Regolamento per la pubblicazione sul sito web degli atti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

IL CONSIGLIO

VISTO l'art. 8 comma 5 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163 ai sensi del quale le delibere dell'Autorità, ove riguardino questioni di interesse generale o la soluzione di questioni di massima, sono pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e sul sito informatico dell'Autorità;
CONSIDERATO che ogni iniziativa utile a promuovere la massima trasparenza contribuisce a favorire la diffusione del rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa;
CONSIDERATA la necessità di garantire, in conformità alla disciplina di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196, la protezione dei dati personali contenuti negli atti dell'Autorità;
CONSIDERATA altresì la necessità di garantire la trasparenza dell'azione amministrativa rendendo conoscibili gli atti dell'Autorità, completi dei dati identificativi delle parti, che rivestano interesse per la generalità del mercato dei contratti pubblici;
RITENUTO di dover provvedere, nell'ambito del proprio ordinamento, all'adozione di un regolamento disciplinante la pubblicazione sul sito web degli atti dell'Autorità
IN CONFORMITA' al parere espresso dal Garante per la protezione dei dati personali in data 26 novembre 2009;

DELIBERA

Art. 1
Atti di regolazione e determinazioni

1. Gli atti di regolazione e le determinazioni, avendo ad oggetto questioni di interesse generale e/o la soluzione di questioni di massima, sono pubblicate sul sito web dell'Autorità nella pagina "Attività dell'Autorità", sezione "Atti dell'Autorità", a cura dell'Ufficio Comunicazione, che è responsabile in ordine al rispetto del presente regolamento e della normativa sulla protezione dei dati.

Art. 2
Delibere di interesse generale

1. Le delibere dell'Autorità, in ragione dell'interesse che rivestono per la generalità del mercato dei contratti pubblici e della rilevanza dei principi giuridici ivi applicati, sono pubblicate, previa comunicazione ai destinatari diretti dell'atto, sul sito web dell'Autorità nella pagina "Attività dell'Autorità", sezione "Atti dell'Autorità", a cura dell'Ufficio Comunicazione, complete dei dati identificativi delle parti interessate.
2. Quando la delibera contiene dati sensibili o giudiziari, l'Ufficio Comunicazione provvede a omettere i dati identificativi dei soggetti ai quali gli stessi si riferiscono o, comunque, a rendere non riconoscibili i soggetti medesimi.

Art. 3
Altre delibere

1. Il Consiglio si riserva la facoltà di disporre che non siano pubblicate le delibere sul sito web dell'Autorità qualora ritenga che i contenuti dell'atto pubblicato non rivestano carattere di interesse generale.
2. Quando il Consiglio ritiene di disporre la pubblicazione di delibere che non rivestono carattere di interesse generale, sono sottratti alla pubblicazione i dati personali non pertinenti o eccedenti rispetto al fine di rendere conoscibili le delibere suddette.

ART. 4
Mantenimento in rete

1. In relazione all'esigenza di individuare un periodo di tempo congruo per il mantenimento sul sito web delle delibere contenenti dati personali, al fine di garantire il diritto all'oblìo, è stabilito tale periodo in cinque anni.
2. Decorso tale periodo di tempo le delibere saranno consultabili sul sito web nella versione massimata.
3. Al fine di garantire la non tracciabilità ed indicizzazione dei dati personali pubblicati sul sito web dell'Autorità da parte di motori di ricerca esterni, verranno utilizzate le metodologie definite nel Protocollo "The Robot exclusion protocol" al quale aderiscono i principali motori di ricerca presenti sulla rete Internet.

Art. 5
Comunicazioni

1. In ossequio ai principi di pertinenza e non eccedenza, la comunicazione di atti o provvedimenti dell'Autorità riguardanti più procedimenti, e contenenti dati personali, è effettuata a ciascun soggetto per la parte che lo riguarda, in quanto destinatario dell'atto o provvedimento.

Roma, 16 febbraio 2010

Il presidente: GIAMPAOLINO

10A02977

DELIBERAZIONE 2 marzo 2010.

Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

IL CONSIGLIO

Visto il Decreto Legislativo 12 aprile 2006 n. 163 e s.m.i. ed, in particolare, gli articoli 6 e 8, comma 4 del medesimo Decreto che disciplinano il potere sanzionatorio dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture;

Visto l'articolo 253, comma 4, lettera b) del Decreto Legislativo 12 aprile 2006 n. 163 e s.m.i. che prevede che fino all'adozione del presente Regolamento si continuano ad applicare le disposizioni di cui all'art. 6 del Decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999 n. 554;

Visto il Regolamento di Organizzazione dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture approvato in data 20 dicembre 2007 e s.m.i.;

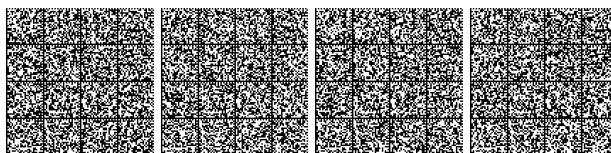
Ritenuto di dover provvedere a quanto previsto dall'art. 8, comma 4 del Decreto Legislativo 12 aprile 2006 n. 163 e s.m.i. al fine di disciplinare l'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture;

EMANA

il seguente Regolamento:

Art. 1

Definizioni

1. Ai fini del presente Regolamento si intende per:
   - Autorità, l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture;
   - Consiglio, il Consiglio dell'Autorità;

- U.O. competente, l'Unità Organizzativa di I livello cui, in base al Regolamento di Organizzazione dell'Autorità, è assegnata la competenza della conduzione del procedimento sanzionatorio;
- Responsabile del Procedimento, il responsabile di ciascuna Unità Organizzativa di I livello o altro funzionario designato cui è assegnata la responsabilità dello svolgimento del procedimento;
- SOA, le Società Organismi di Attestazione;
- Codice, il Decreto Legislativo 12 aprile 2006 n. 163 e s.m.i.;
- Decreto, il Decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000 n. 34;
- Regolamento di accesso agli atti, il Regolamento concernente l'accesso ai documenti formati o detenuti stabilmente dall' Autorità adottato con la Deliberazione del 10 settembre 2008.

Art. 2

Ambito di applicazione

1. Il presente Regolamento disciplina l'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità nei casi previsti dal Codice e dalle altre leggi.

Art. 3

La fase pre-istruttoria

1. L' U.O. competente può avviare un procedimento per l'applicazione di sanzioni d'ufficio sulla base delle segnalazioni ricevute dalle stazioni appaltanti o dagli enti aggiudicatori e dalle SOA.

2. Le segnalazioni provenienti dall'esterno devono essere formulate compilando integralmente gli appositi moduli disponibili sul sito web dell'Autorità ed allegandovi la necessaria documentazione tecnico-amministrativa.

3. Nel caso in cui dagli elementi contenuti nella segnalazione risulti evidente che la fattispecie esula da quelle previste nell'ambito di applicazione del presente Regolamento, l'U.O. competente ne dispone l'archiviazione.

4. Nel caso in cui la segnalazione risulti incompleta e dagli elementi presenti appare esistere un possibile profilo in violazione del Codice o tale elemento non può essere escluso, l'U.O. competente formula una richiesta di integrazioni all'esponente. Nella richiesta di integrazione sono indicati la necessità di utilizzare i moduli di cui al comma 2, i documenti che devono essere allegati e i termini entro cui le informazioni devono essere fornite. Qualora la documentazione e/o le informazioni richieste non vengano fornite entro i termini indicati nella richiesta, ovvero queste risultino non veritiere, l'U.O. competente avvia d'ufficio il procedimento sanzionatorio ai sensi dell'art. 6, comma 11, del Codice, secondo le modalità descritte nel seguente articolo 4.

5. Una volta acquisita la segnalazione, completa in tutti i suoi elementi, l'U.O. competente può disporre:

- l'archiviazione della segnalazione, nel caso di cui al comma 3;
- l'avvio del procedimento istruttorio.

6. Delle archiviazioni effettuate in tale fase viene data notizia riassuntiva trimestrale al Consiglio.

Art. 4

Il procedimento istruttorio

1. L'U.O. competente, esaminati i fatti portati alla sua attenzione e verificata la possibile fondatezza della segnalazione, provvede, entro il termine massimo di 90 giorni dalla data in cui la segnalazione è completa, all'avvio del procedimento e ne dà comunicazione ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti e al soggetto esterno all'Autorità che ha formulato la segnalazione. La medesima comunicazione deve essere effettuata anche nei confronti dei soggetti, individuati o facilmente individuabili, cui possa derivare un pregiudizio dal procedimento in corso.

2. Nel caso in cui, per il rilevante numero dei destinatari, la comunicazione personale risulti impossibile o particolarmente gravosa, l'Autorità provvede a rendere noti gli elementi essenziali del procedimento mediante forme di pubblicità idonee di volta in volta stabilite dall'Autorità medesima, tra cui la pubblicazione sul sito web dell'Autorità.

3. Nella comunicazione di avvio del procedimento devono essere almeno indicati:

- l'oggetto del procedimento;
- il termine per l'invio di eventuali memorie e documentazione allegata, nonché per eventuali controdeduzioni;
- la possibilità di richiedere di essere sentiti in audizione presso l'Ufficio competente, specificando il termine per inoltrare detta richiesta;
- l'ufficio presso cui è possibile avere accesso agli atti del procedimento;
- il responsabile del procedimento;
- il termine di conclusione del procedimento sanzionatorio;
- l'indicazione di un referente, con i relativi contatti, per eventuali richieste di chiarimenti o comunicazioni successive.

4. Se necessario, il Responsabile del Procedimento può, congiuntamente alla comunicazione di avvio del procedimento o in una fase successiva, convocare in audizione le Stazioni Appaltanti, gli Operatori Economici, le SOA nonché ogni altro soggetto in grado di fornire elementi probatori utili ai fini dell'esame del procedimento in corso. La convocazione in audizione deve essere formulata per iscritto e riportare:

- i fatti e le circostanze in relazione ai quali si convocano i partecipanti;
- lo scopo;
- la data prevista per l'audizione;
- il termine entro il quale dovrà pervenire la conferma di partecipazione;
- l'indicazione di un referente, con i relativi contatti, per eventuali richieste di chiarimenti o comunicazioni successive.

5. Se necessario, il Responsabile del Procedimento può, congiuntamente alla comunicazione di avvio del procedimento o in una fase successiva, richiedere documenti, informazioni e chiarimenti in merito al procedimento in corso alle Stazioni Appaltanti, agli Operatori Economici, alle SOA nonché ad ogni altro soggetto che ne sia in possesso. La richiesta di informazioni deve essere formulata per iscritto e riportare:

- i fatti e le circostanze in relazione ai quali si richiedono i chiarimenti;
- lo scopo;
- il termine entro il quale dovrà pervenire la risposta o dovranno essere esibiti i documenti richiesti;
- le modalità attraverso le quali dovranno essere fornite le informazioni;
- le sanzioni applicabili in caso di rifiuto, omissione o ritardo nella fornitura delle informazioni o nella trasmissione dei documenti, nonché in caso di informazioni o documenti non veritieri;
- l'indicazione di un referente, con i relativi contatti, per eventuali richieste di chiarimenti o comunicazioni successive.

6. Nel rispetto dei termini riportati nella comunicazione di avvio, i partecipanti al procedimento istruttorio, oltre a rispondere alle richieste di informazioni inviate dal Responsabile del Procedimento, possono, in ogni momento della fase di acquisizione degli elementi probatori, produrre ulteriore documentazione, memorie e controdeduzioni sulle informazioni inviate da altri partecipanti al procedimento. Tutta la documentazione prodotta nel corso del procedimento dovrà essere inviata anche agli altri partecipanti allo stesso.

7. Nel rispetto dei termini riportati nella comunicazione di avvio, i partecipanti al procedimento istruttorio possono, in ogni momento della fase di acquisizione degli elementi probatori, richiedere di essere sentiti in audizione dall'U.O. competente.

8. I partecipanti al procedimento istruttorio possono fare richiesta di accesso al fascicolo istruttorio, secondo le modalità previste nel Regolamento di accesso agli atti adottato dall'Autorità.

Art. 5

L'audizione delle parti in fase istruttoria

1. Nel corso dell'audizione il Responsabile del Procedimento o altro funzionario dell'U.O. competente e i rappresentanti delle parti illustrano la propria posizione in merito al procedimento.

2. Al termine dell'audizione viene predisposto un apposito verbale, nel quale sono indicati sinteticamente i principali elementi emersi nel corso della stessa.

3. Il verbale viene sottoscritto dal funzionario verbalizzante e da un rappresentante delle parti intervenute in audizione che, per quanto concerne gli Operatori Economici, di regola trattasi del titolare o del legale rappresentante o di un soggetto cui è stata conferita apposita procura.

4. Qualora taluna delle parti non vuole o non è in grado di sottoscrivere il verbale, ne è fatta menzione nel verbale stesso con l'indicazione del motivo.

5. Copia del verbale, o stralcio dello stesso per quanto di ragione, è consegnato ai soggetti intervenuti all'audizione.

Art. 6

I termini di conclusione del procedimento

1. Per la conclusione del procedimento sanzionatorio l'Autorità fissa un termine non superiore a 180 giorni, decorrenti dalla notifica dell'avvio del procedimento.

2. In caso di necessità di ulteriori acquisizioni documentali e/o richieste di audizione formulate dalle parti o disposte dall'Autorità, il termine per la pronuncia da parte dell'Autorità resta sospeso per il periodo necessario allo svolgimento dell'istruttoria e alla presentazione delle controdeduzioni. La sospensione del termine di cui al comma 1 in ogni caso non può essere superiore a 120 giorni.

Art. 7

La comunicazione del termine della fase istruttoria del procedimento

1. Il Responsabile del Procedimento, analizzata la documentazione agli atti, invia alle parti del procedimento una comunicazione contenente la data del termine per l'acquisizione degli ulteriori elementi probatori, per la richiesta motivata di audizione in Consiglio e per ogni eventuale ulteriore difesa, nonché un'indicazione sintetica delle principali risultanze istruttorie.

2. Il termine di cui al comma precedente non potrà risultare superiore a 15 giorni dalla data di ricevimento della comunicazione.

3. All'esito dell'istruttoria l'ufficio competente sottopone la questione al Consiglio per la relativa decisione.

Art. 8

Il provvedimento finale

1. Il Consiglio, cui sono stati inviati gli atti del procedimento, può a seguito del relativo esame:

- richiedere al Responsabile del Procedimento ulteriori approfondimenti o un supplemento di istruttoria;
- convocare in audizione le Stazioni Appaltanti, gli Operatori Economici, le SOA nonché ogni altro soggetto in grado di fornire elementi probatori utili ai fini dell'esame del procedimento in corso;
- disporre il provvedimento finale.

2. In caso di supplemento di istruttoria, il Responsabile del Procedimento instaura un nuovo contraddittorio con le parti, con la riapertura dei termini.

3. In caso di audizione, da esperirsi secondo le modalità di convocazione di cui all'articolo 4, comma 4, i rappresentanti delle parti illustrano al Consiglio la propria posizione in merito al procedimento.

4. Il provvedimento finale, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 241/90 e s.m.i., adeguatamente motivato, dovrà indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione del Consiglio, in relazione alle risultanze dell'istruttoria e dell'eventuale audizione, nonché il termine di pagamento della sanzione. La deliberazione, inoltre, dovrà indicare il termine e l'Amministrazione a cui è possibile ricorrere.

5. L'Autorità provvede a notificare alle parti interessate il provvedimento finale e, nel caso in cui il Consiglio abbia deliberato anche la sospensione dalle gare dell'Operatore Economico coinvolto, l'U.O. competente procede tempestivamente all'iscrizione dell'Impresa nel Casellario Informatico.

Art. 9

La quantificazione della sanzione

1. Per la determinazione dell'importo della sanzione e della durata dell'eventuale sospensione dalle gare, il Consiglio avrà, di regola, a riferimento i parametri contenuti nell'articolo 6, comma 8, del Codice e nella Legge 24 novembre 1991, n. 689, recante *Modifiche al sistema penale*, consistenti in:

- il valore economico dell'appalto cui l'infrazione si riferisce;
- la gravità dell'infrazione, tra cui dolo e colpa grave;
- le condizioni economiche dell'operatore coinvolto;
- l'eventuale reiterazione di comportamenti analoghi a quelli contestati;
- l'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'infrazione contestata.

Art. 10

Segreto di ufficio

1. Nei limiti necessari all'accertamento dei fatti ed all'applicazione dell'eventuale sanzione, tutte le notizie, le informazioni o i dati acquisiti nello svolgimento dell'attività istruttoria da parte dell'Autorità sono tutelati dal segreto di ufficio anche nei riguardi delle Pubbliche Amministrazioni, fatti salvi gli obblighi di denuncia di cui all'articolo 331 del codice penale.

Art. 11

Comunicazioni

1. Nell'ambito del procedimento per l'applicazione di sanzioni, le richieste, le trasmissioni di documenti e le convocazioni ai destinatari sono effettuate in uno dei seguenti modi:

- posta elettronica;
- lettera raccomandata con avviso di ricevimento;
- consegna a mano contro ricevuta;
- telefax con domanda di conferma scritta di ricevimento;
- telex o telegramma.

1. Le medesime disposizioni si applicano alla trasmissione di documenti e di richieste connesse all'istruttoria da parte degli interessati o di terzi all'Autorità.

2. In caso di trasmissione per telex, telegramma o telefax, i documenti si considerano pervenuti al destinatario il giorno stesso in cui sono stati inviati, salvo prova contraria.

Roma, 2 marzo 2010

Il presidente: GIAMPAOLINO

Il consigliere relatore: BOTTO

10A02978

DETERMINAZIONE 12 gennaio 2010.

Requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché per gli affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi. (Determinazione n. 1).

Indice

1. Premessa

Questa Autorità, con le determinazioni n. 16/23 del 5 dicembre 2001 e n. 13 del 15 luglio 2003, ha fornito indicazioni interpretative in merito ai requisiti generali per la partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e di concessione di lavori pubblici ai sensi dell'articolo 75 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554.

Alla luce del mutato assetto normativo introdotto dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (d'ora innanzi "Codice") si è ritenuto opportuno riesaminare la materia, tenendo conto dei quesiti pervenuti e delle questioni poste all'attenzione dell'Autorità. A tal fine, in attuazione delle disposizioni di cui all'art. 8 del Codice, l'Autorità ha predisposto un documento riassuntivo delle tematiche apparse di maggior rilievo, individuate in base alle indicazioni emerse dalla prassi applicativa ed all'impatto atteso sui destinatari del provvedimento (stazioni appaltanti ed operatori privati). In applicazione del principio di collaborazione e di ascolto delle istanze degli operatori, l'Autorità ha avviato una formale procedura di consultazione preventiva *online* e un'audizione per garantire la partecipazione diretta e fattiva delle amministrazioni e delle categorie interessate. L'Autorità ha adottato la seguente determinazione, pertanto, con una consapevole valutazione di impatto positivo sotto il profilo di una maggiore certezza dei rapporti, di una più accentuata garanzia delle procedure, di una migliore efficienza delle relazioni di mercato.

2. Inquadramento generale

Obblighi della stazione appaltante

La norma recepisce il contenuto dell'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE, senza distinguere tra cause di esclusione obbligatoria e facoltativa, come invece avviene nella citata direttiva: pertanto, in presenza di una delle ipotesi ricomprese nell'articolo 38, sussiste l'obbligo in capo alla stazione appaltante di escludere il concorrente, nonché l'impossibilità di stipulare il contratto ovvero il subappalto, essendo venuta meno l'affidabilità morale e l'elemento fiduciario dell'operatore economico.

Applicazione agli appalti sotto soglia

La normativa in questione si applica sia agli appalti di importo superiore alle soglie comunitarie sia a quelli di importo inferiore in base all'articolo 121 del Codice, con riferimento ai lavori, ed all'articolo 124, comma 7, per quanto attiene ai servizi e alle forniture; tale ultima disposizione demanda al regolamento attuativo di disciplinare, secondo criteri di semplificazione rispetto alle norme dettate dal Codice per gli appalti di importo superiore alle soglie comunitarie, i requisiti di

idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria che devono essere posseduti dagli operatori economici, con ciò implicitamente stabilendo che, fino a tale momento, trova integrale applicazione l'articolo 38.

Peraltro, lo schema di regolamento attuativo, approvato in sede preliminare dal Consiglio dei Ministri, conferma l'applicabilità di tutti i requisiti generali previsti dall'articolo 38.

Possesso dei requisiti

I requisiti elencati devono essere posseduti dall'operatore economico partecipante alla gara al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte o della domanda di partecipazione nel caso di procedure ristrette e devono perdurare per tutto lo svolgimento della procedura di affidamento fino alla stipula del contratto.

Nel caso di subappalto, momento saliente è quello del rilascio dell'autorizzazione.

A norma del comma 2 dell'articolo 38, l'operatore economico può attestare il possesso di tutti i requisiti elencati nel comma 1 mediante dichiarazione sostitutiva, nella quale devono essere anche indicate le eventuali condanne per le quali sia stato accordato il beneficio della non menzione, in conformità all'articolo 77-*bis* del d.P.R. n. 445/2000.

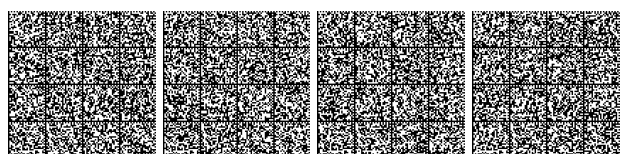
Acquisizione d'ufficio delle informazioni

Le stazioni appaltanti, ai sensi dell'articolo 43 del d.P.R. n. 445/2000, effettuano la verifica del possesso dei requisiti richiesti dall'articolo 38 e dichiarati dagli operatori economici in autocertificazione, acquisendo "*d'ufficio le relative informazioni, previa indicazione, da parte dell'interessato, dell'amministrazione competente e degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti*"; si evidenzia che, ai sensi della legge 28 gennaio 2009 n. 2 , le stazioni appaltanti pubbliche devono acquisire d'ufficio il Documento Unico di Regolarità Contributiva (D.U.R.C.), anche attraverso strumenti informatici.

Oneri dei partecipanti

Ciascun operatore economico partecipante ha, quindi, l'onere di dichiarare tutte le situazioni e/o circostanze potenzialmente rilevanti ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale espressamente previsti dalla norma.

Obblighi di comunicazione al casellario e di consultazione

Con le modalità e nei termini di cui alle determinazioni n. 1 del 2005 e n. 1 del 2008, sussiste l'obbligo per le stazioni appaltanti di comunicare all'Autorità, informandone contestualmente l'operatore economico, le esclusioni dalle gare, ivi comprese quelle disposte per le ipotesi di falsa dichiarazione, affinché vengano annotate nel casellario informatico (cfr. articolo 27 del d.P.R. 25 gennaio 2000, n.

34 ed articolo 7, comma 10, del Codice). La segnalazione all'Autorità non è limitata al caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ai sensi dell'art. 48 del Codice, ma va effettuata anche a seguito di difetto dei requisiti di ordine generale, come più volte affermato dal giudice amministrativo di secondo grado (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 agosto 2009, n.4906; Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2007, n.554; Cons. Stato, sez. IV, 7 settembre 2004, n.5792). Ciò risulta anche in linea con quanto espressamente disposto nello schema di regolamento ex articolo 5 del Codice sopra citato per quanto concerne l'inserimento dei dati nel casellario informatico presso l'Osservatorio.

Le stazioni appaltanti sono, inoltre, tenute a consultare il casellario informatico nel corso delle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici per l'individuazione degli operatori economici nei cui confronti sussistano cause di esclusione, secondo le procedure attualmente indicate sul sito web dell'Autorità (www.avcp.it).

Procedimento in contradditorio

Con l'operatore economico escluso, per aver fornito dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti prescritti per la partecipazione alla procedura di gara, viene instaurato un procedimento in contraddittorio ai fini dell'annotazione nel casellario informatico, come disciplinato dall'allegato alla presente determinazione; l'Autorità può comminare la sanzione pecuniaria prevista dall'articolo 6, comma 11, del Codice.

Inapplicabilità ad aziende e società sottoposte a sequestro o confisca

Deve, inoltre, essere tenuto presente che la legge 15 luglio 2009, n. 94 ha modificato l'articolo 38, introducendo un nuovo comma (1-bis), ai sensi del quale l'articolo 38 non si applica alle aziende o alle società che sono sottoposte a misure di sequestro o confisca. Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti, come noto, possono essere disposti, secondo i casi, sia in sede di giudizio penale sia in sede di procedimento finalizzato all'applicazione di una misura di prevenzione.

3. *Stato di fallimento o procedure analoghe (articolo 38, comma 1, lett. a)*

La disposizione esclude i soggetti "*che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni*".

Essa consente alle stazioni appaltanti di escludere un operatore economico qualora lo stesso versi in uno stato di crisi tale da comprometterne l'affidabilità economica e porre in discussione l'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali assunte.

Lo stato di insolvenza è accertato con la sentenza dichiarativa del fallimento, che comporta, pertanto, l'obbligo di esclusione del soggetto fallito.

Soppressione dell'amministrazione controllata

Nell'articolo non compare il riferimento all'amministrazione controllata, compresa fra le cause di esclusione dall'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE (come pure dalla previgente normativa in materia di appalti pubblici), a motivo della intervenuta soppressione dell'istituto per effetto dell'articolo 147, comma 1, d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, che ha abrogato il titolo IV "*Dell'Amministrazione controllata*", articoli 187-193, della legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267).

Esclusione in caso di liquidazione coatta amministrativa

La liquidazione coatta amministrativa può conseguire ad accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza con sentenza del tribunale, ai sensi dell'articolo 195 della legge fallimentare.

Ammissibilità alla gara dell'operatore in liquidazione volontaria

Diversamente, la liquidazione volontaria non attesta uno stato di insolvenza tale da integrare una causa di esclusione; si condivide in tal senso l'orientamento espresso in merito dal giudice amministrativo di seconda istanza (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 6 aprile 2006, n. 1873), tenuto conto del fatto che con la liquidazione volontaria è ammessa la continuazione, anche parziale, dell'attività di impresa ai sensi dell'articolo 2490 c.c..

Ammissibilità alla gara dell'operatore in amministrazione straordinaria

Anche l'amministrazione straordinaria di cui al d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 non costituisce una causa di esclusione dalla partecipazione alla gara, considerata l'incertezza del rinvio alle situazioni analoghe contenuto nell'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE e perché l'autorizzazione all'esercizio provvisorio, rilasciata in tale procedura, è volta alla conservazione dell'impresa, cui viene consentito di continuare ad operare nel mercato in funzione del risanamento dell'azienda.

Esclusione in caso di concordato preventivo

Una differente valutazione deve essere effettuata nei confronti delle imprese sottoposte a concordato preventivo, alla luce dell'espresso riferimento all'istituto contenuto nell'articolo 38. Quindi, in aderenza alla lettera della legge, le imprese sottoposte a concordato preventivo non possono partecipare alle gare. *De jure condendo*, si rileva l'opportunità di un ulteriore approfondimento della problematica, anche alla luce della rivisitazione dell'istituto operata dal citato d.lgs. n. 5/2006, che sembra tesa a valorizzare l'obiettivo della riattivazione dell'attività imprenditoriale, in linea con quanto già avviene nel caso dell'amministrazione straordinaria.

La disposizione della lett. a) va coordinata con quanto previsto dal d.P.R. n.

34/2000, il cui articolo 17, comma 1, lett. h) contempla, tra i requisiti generali ai fini della qualificazione per le imprese operanti nel settore dei lavori pubblici, l'inesistenza di una procedura di amministrazione straordinaria. Tale disposizione deve essere letta alla luce dell'articolo 253, comma 3 del Codice sopra citato e dell'articolo 40, comma 4, lett. d) del Codice, ove è previsto che il regolamento di attuazione *ex* articolo 5 definisce i requisiti di ordine generale ai fini della qualificazione in conformità all'articolo 38; lo schema di regolamento, in via di approvazione, stabilisce che detti requisiti sono quelli contenuti all'art.38. Si ritiene, pertanto, che, anche in attesa dell'entrata in vigore del regolamento, le fattispecie rilevanti per ottenere l'attestazione non possano discostarsi da quelle individuate dal legislatore per la partecipazione alle procedure di affidamento.

4. *Misure di prevenzione (articolo 38, comma 1, lett. b)*

Esclusione per chi è soggetto a misure di prevenzione

La disposizione si riferisce a soggetti "*nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'art.10 della legge 31 maggio 1965, n.575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale, il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società*" . Rispetto alla precedente formulazione in materia di lavori pubblici, la norma precisa che la pericolosità sociale per le società in accomandita semplice va accertata rispetto, oltre che al direttore tecnico, ai soli soci accomandatari e non indistintamente rispetto a tutti i soci. Inoltre, è stato previsto l'espresso riferimento alle cause ostative di cui all'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575 che sancisce il divieto di concludere contratti di appalto, di cottimo fiduciario, di fornitura di opere, beni o servizi riguardanti la pubblica amministrazione e relativi subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera, determinato dal provvedimento definitivo di applicazione della misura di prevenzione ai sensi del comma 2 del citato articolo 10.

Il legislatore ha, in tal modo, attribuito rilievo alle (distinte) fattispecie dell'attività procedimentale che precede l'emanazione del provvedimento definitivo e dell'avvenuta irrogazione della misura di prevenzione.

Autonomia del procedimento per l'applicazione delle misure

In via generale, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione è autonomo e distinto rispetto al procedimento penale. Perciò, la valutazione della pericolosità sociale, cui è subordinata l'applicazione della misura sanzionatoria, non implica necessariamente l'esistenza di un'eventuale condanna penale.

Il procedimento per l'applicazione della misura di prevenzione può prendere avvio dal momento della richiesta al tribunale dell'applicazione della sorveglianza speciale da parte del questore, del procuratore nazionale antimafia o del procuratore della Repubblica, cui segue l'iscrizione nei registri istituiti presso le segreterie delle procure della Repubblica e presso la cancelleria dei tribunali ai sensi dell'articolo 34 della legge 19 marzo 1990, n. 55.

Pendenza del procedimento

Ai fini della definizione dell'ambito di applicazione della causa di esclusione, pertanto, il procedimento è da ritenersi pendente quando sia avvenuta l'annotazione della richiesta di applicazione della misura nei menzionati registri.

L'incapacità alla partecipazione alle gare è, quindi, prevista per la pendenza del procedimento, in quanto nel caso di avvenuta irrogazione della misura, si applica la causa ostativa alla conclusione di contratti di appalto prevista al menzionato articolo 10 della legge n.575/1965, espressamente richiamato nella disposizione in commento.

Estensione dell'incapacità a contrarre

L'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione può estendersi ai conviventi e agli enti di cui il soggetto, sottoposto a misura di sicurezza, è rappresentante o gestore, ai sensi del comma 4 del citato articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575. L'estensione dell'incapacità in esame, con durata quinquennale, agli indicati ulteriori soggetti non opera automaticamente, ma necessita di un'apposita pronuncia del tribunale.

Riabilitazione

Ai sensi dell'articolo 15 della legge 3 agosto 1988, n. 327, decorsi tre anni dalla cessazione della misura di prevenzione, l'interessato può richiedere la riabilitazione che, se concessa, determina il venir meno degli effetti pregiudizievoli connessi a detta misura. Gli indiziati di appartenere ad

associazioni di tipo mafioso o indiziati di uno dei reati di cui all'articolo 51, comma 3-*bis* del codice di procedura penale ovvero del delitto di cui all'articolo 12-*quinquies*, comma 1, del d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356) possono richiedere la riabilitazione dopo cinque anni dalla cessazione della misura di prevenzione.

Esclusione per condanne per determinati reati

L'articolo 10, comma 5-*ter* della legge 31 maggio 1965, n. 575 dispone, altresì, il divieto di concludere contratti di appalto con la pubblica amministrazione anche nei confronti delle persone condannate con sentenza definitiva o, ancorché non definitiva, confermata in grado di appello, per uno dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-*bis* del codice di procedura penale, ovvero per delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416-*bis* (associazione di tipo mafioso anche straniera) e 630 (sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione) del codice penale, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico approvato con d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope).

Informative interdittive

Ai sensi dell'articolo 4 del d.lgs. 8 agosto 1994, n. 490 e dell'articolo 10 del d.P.R. 3 giugno 1998, n.252, le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici e gli altri soggetti aggiudicatori devono acquisire informazioni, inoltrando al prefetto specifica richiesta, prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti d'importo superiore alla soglia comunitaria ovvero per i subcontratti d'importo superiore ad euro 154.937,07. La stessa norma prevede, poi, due tipi di informative c.d. interdittive, che impediscono la contrattazione: a) l'informazione prefettizia che comunica la sussistenza, a carico dei soggetti responsabili dell'operatore economico ovvero dei soggetti familiari, anche di fatto, conviventi nel territorio dello Stato, delle cause di divieto o di sospensione dei procedimenti (vale a dire cause di divieto, sospensione, decadenza, previste dall'articolo 10 della citata legge n. 575/1965); b) l'informazione prefettizia da cui risultino eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate.

Informativa supplementare atipica

La prassi dell'amministrazione, sviluppatasi sulla base dell'esegesi delle norme vigenti e sostenuta dall'elaborazione giurisprudenziale, conosce anche un terzo tipo d'informativa prefettizia, la c.d. informativa supplementare atipica. Questa è fondata sull'accertamento di elementi i quali, pur denotando il pericolo di collegamento tra l'operatore economico e la criminalità organizzata, non raggiungono la soglia di gravità prevista dall'articolo 4 del d.lgs. 8 agosto 1994, n. 490 per dar vita ad un effetto legale di divieto a contrarre. L'applicazione della norma ai contratti ad evidenza pubblica trova riscontro nell'articolo 113 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, secondo il quale per gravi motivi d'interesse pubblico o dello Stato, il Ministro o l'autorità delegata può negare l'approvazione ai contratti, anche se riconosciuti regolari. In breve, l'informativa supplementare o atipica non preclude assolutamente e inderogabilmente la sottoscrizione del contratto con l'aggiudicatario, ma consente all'amministrazione appaltante di non stipulare il contratto sulla base di ragioni d'interesse pubblico. Tale potere di informazione atipica è espressione di un principio generale di collaborazione fra pubbliche amministrazioni, principio che viene in rilievo soprattutto quando siano in gioco interessi alla tutela della sicurezza, dell'ordine pubblico e dello svolgimento legale delle attività economiche.

5. *Sentenze di condanna per reati che incidono sulla moralità professionale e reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio (articolo 38, comma 1, lett. c)*

Esclusione per reati gravi

La preclusione alla partecipazione alle gare d'appalto contemplata alla lettera c), derivante dalla pronuncia di particolari sentenze di condanna, è da considerare alla stregua di una misura cautelare stabilita dal legislatore al fine di evitare che la pubblica amministrazione contratti con soggetti la cui condotta illecita sia valutata incompatibile con la realizzazione di progetti d'interesse collettivo e con l'esborso di denaro pubblico. Non è, naturalmente, sufficiente la mera pendenza di un procedimento penale, ma deve trattarsi, in ogni caso, di sentenze definitive. La disposizione detta una disciplina omogenea per tutte le categorie di appalti, superando le disarmonie e difficoltà interpretative che caratterizzavano la normativa previgente con riferimento alle differenti formulazioni utilizzate dalle

norme in tema di lavori rispetto a quelle in tema di forniture e servizi.

Le novità di maggior rilievo rispetto alla previgente disciplina delle cause di esclusione sono:

a) la ridefinizione dei reati rilevanti ai fini dell'esclusione, connotati per la gravità e l'incidenza sulla moralità professionale, come già per i servizi e le forniture (e non più sull'affidabilità morale e professionale), e il danno dello Stato o della Comunità europea;
b) la previsione di una categoria specifica di reati di rilievo comunitario a fronte dei quali la stazione appaltante è tenuta a comminare in ogni caso l'esclusione, indipendentemente da qualsiasi valutazione in ordine alla gravità o all'incidenza sulla moralità professionale.

Incidenza sulla moralità professionale

Per quanto riguarda l'incidenza sulla moralità professionale, il richiamo a questo concetto, in luogo dell'affidabilità morale e professionale, comporta una restrizione del campo di applicazione della causa di esclusione limitando la rilevanza a quei fatti illeciti che manifestano una radicale contraddizione con i principi deontologici della professione.

L'espressione "*moralità professionale*" deve intendersi riferita non solo alle competenze professionali ma, in senso più ampio ed articolato, alla condotta e alla gestione di tutta l'attività professionale. La giurisprudenza ha precisato che l'espressione moralità deve essere riferita ad ogni reato commesso nell'esercizio di una attività professionale, da chiunque esercitata, con il solo limite della sua riconducibilità eziologica ad una attività *lato sensu* professionale, senza alcun obbligo di circoscriverne l'ambito al settore degli appalti pubblici, o più in generale, a quello dei contratti. Tale valutazione, quindi, va effettuata non in astratto, con riguardo al mero titolo del reato, ma tenendo conto delle peculiarità del caso concreto, del peso specifico dei reati ascritti e della prestazione che la ditta dovrà espletare se risulterà aggiudicataria.

Gravità del reato

Quanto alla gravità del reato, si tratta di un ulteriore elemento che deve essere oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante rientrando, quindi, nell'ambito di quell'attività di ponderazione circostanziata e selettiva che la stessa è chiamata a svolgere a fronte della singola, concreta, fattispecie di reato, prendendo in esame tutti gli elementi che possono incidere negativamente sul vincolo fiduciario quali, ad esempio, l'elemento psicologico, l'epoca e la

circostanza del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive, il bene leso dal comportamento delittuoso, in relazione anche all'oggetto ed alle caratteristiche dell'appalto.

In assenza di parametri normativi fissi e predeterminati, la verifica dell'incidenza dei reati sulla moralità professionale delle imprese partecipanti alle gare di appalto attiene dunque all'esercizio del potere discrezionale tecnico della pubblica amministrazione, che con adeguata e congrua motivazione valuta l'idoneità del reato ad integrare la causa di esclusione in esame.

Fattispecie di reato rilevanti

Le fattispecie di reato rilevanti ai fini dell'esclusione sono quelle relative a fatti la cui natura e contenuto sono idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante, per la inerenza alla natura delle specifiche obbligazioni dedotte in contratto e la loro incidenza sul rapporto fiduciario; tra queste, si citano, a titolo esemplificativo, i reati contro la pubblica amministrazione, l'ordine pubblico, la fede pubblica, il patrimonio, i reati in materia ambientale, economica, finanziaria.

In ogni caso, la stazione appaltante è chiamata ad effettuare una concreta valutazione dell'incidenza della condanna sul vincolo fiduciario, mediante una accurata indagine sul singolo fatto, avendo riguardo al tipo di rapporto che deve essere instaurato, alla gravità del reato in relazione alla tipologia del rapporto ed alle condizioni che, in concreto, inducono a ritenere che un vincolo contrattuale con quel determinato soggetto non debba essere costituito, nonché a dare contezza, attraverso congrua motivazione, di avere effettuato la suddetta disamina.

Portata dell'espressione "in danno dello Stato o della Comunità"

L'espressione "*in danno dello Stato o della Comunità*" va letta nel più ampio contesto della fattispecie indicata alla lettera c) e non si riferisce a tipologie di reato qualificate: una simile restrizione, infatti, non si evince né dalle direttive comunitarie né dall'ordinamento penale italiano, che non contempla una categoria di reati in danno dello Stato o della Comunità. Pertanto, indipendentemente dallo specifico oggetto giuridico della singola norma incriminatrice, deve trattarsi di reati idonei a creare allarme sociale rispetto ad interessi di natura pubblicistica. Gli interessi, cioè, che dovrebbero essere perseguiti attraverso l'appalto, con ciò per nulla limitando la portata della disposizione rispetto alla formulazione precedentemente contenuta nel d.P.R. n. 554/1999. Anzi, con il riferimento al danno alla Comunità europea, il legislatore

ha operato un ampliamento dei reati potenzialmente incidenti sulla moralità professionale, specificando che assumono rilievo anche i reati che esprimono contrarietà a interessi pubblici di espressione comunitaria, nonché i reati commessi nel territorio di altri Stati della Comunità europea. Tale interpretazione appare, inoltre, conforme alla logica di integrazione del mercato.

Esclusione ex se per determinati reati comunitari

La seconda novità di rilievo nella nuova formulazione del requisito dell'inesistenza dei reati ostativi è l'introduzione di una categoria di reati sottratti alla valutazione discrezionale della stazione appaltante, in presenza dei quali l'esclusione opera *ex se*. Si tratta dei reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, della direttiva 2004/18/CE, rispetto ai quali il legislatore comunitario ha già effettuato una valutazione della gravità e dell'incidenza sulla moralità professionale, ritenendoli rilevanti ai fini dell'esclusione e sottraendoli, pertanto, a qualsiasi ulteriore ponderazione della stazione appaltante, stante il chiaro tenore letterale della norma che non si presta ad interpretazioni restrittive.

Il legislatore italiano ha effettuato un rinvio espresso agli atti comunitari: in tal modo si potranno ricomprendere le eventuali nuove fattispecie di futura introduzione.

Partecipazione ad un'organizzazione criminale

Con riguardo alla "*partecipazione ad un'organizzazione criminale*", si deve fare riferimento all'articolo 2, par. 1, dell'azione comune 98/733/GAI del Consiglio europeo (si veda ora la decisione quadro 2008/841/GAI). Indicativamente, si tratta di associazione per delinquere semplice (articolo 416 c.p.), di associazione di tipo mafioso anche straniera (articolo 461-*bis* c.p.). Quanto alla nozione di "*corruzione*", la direttiva rinvia all'articolo 3 dell'atto del Consiglio del 26 maggio 1987 ed all'articolo 3, par. 1, dell'azione comune 98/742/GAI del Consiglio (si veda ora la decisione quadro 2003/568/GAI). Orientativamente, tali disposizioni possono essere riferite alla fattispecie di corruzione attiva (articolo 321 in relazione agli artt. 318 e 319 c.p.). Con riguardo alla "*frode*", la normativa comunitaria fa riferimento all'articolo 1 della convenzione relativa agli interessi finanziari delle Comunità europee, stipulata ai sensi dell'articolo K 3 del Trattato UE. Tra le fattispecie astrattamente riconducibili a quanto previsto a tale convenzione, limitata ai fatti commessi in danno delle Comunità europee,

possono citarsi a titolo esemplificativo la malversazione (articolo 316-*bis* c.p.), la indebita percezione di erogazioni pubbliche (articolo 316-*ter* c.p.), la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (articolo 640-*bis* c.p.) e di indebito conseguimento di contributi comunitari (articolo 2, legge 23 dicembre 1986, n. 898). Per l'ipotesi di "*riciclaggio*", infine, la direttiva rinvia all'articolo 1 della direttiva 91/308/CE (si veda ora la direttiva 2005/60/CE), che potrebbe comprendere il riciclaggio (articolo 648-*bis* c.p.) e l'impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita in attività economiche e finanziarie (articolo 648-*ter* c.p.).

Nell'ordinamento interno erano comunque già previste alcune tipologie di reato che comportano "*l'incapacità di contrattare con la p.a.*", nelle ipotesi di cui all'articolo 32-*quater* del codice penale: malversazione ai danni dello Stato, indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, concussione, corruzione, istigazione alla corruzione, turbata libertà degli incanti, inadempimento di contratti di pubbliche forniture, frode nelle pubbliche forniture, associazione per delinquere, associazione di tipo mafioso, infortuni sul lavoro, manovre speculative, truffa, truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, usura, nonché peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee o di Stati esteri.

Espresso riferimento al decreto penale di condanna

Ulteriore elemento di novità che si rinviene nell'attuale formulazione della causa di esclusione di cui alla lett. c) è il riferimento espresso al decreto penale di condanna, tra le tipologie di pronunciamenti rilevanti ai fini dell'esclusione.

Riabilitazione ed estinzione

L'effetto ostativo dei reati considerati nella disposizione viene meno a seguito delle pronunce di riabilitazione e di estinzione. A tale riguardo, si richiama l'avviso della Cassazione secondo cui "*la situazione di fatto da cui origina la causa di estinzione del reato per divenire condizione di diritto abbisogna, per espressa statuizione di legge, dell'intervento ricognitivo del giudice dell'esecuzione il quale è tenuto, nell'assolvimento di un suo preciso dovere funzionale, ad emettere il relativo provvedimento di estinzione ai sensi dell'art. 676 c.p.p.*" (Cass., sez. IV pen., 27 febbraio 2002, n. 11560 e, in senso conforme, Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2009 n. 7740).

Ne consegue che, alla luce anche della clausola di salvaguardia contenuta nella

parte finale della lett. c), “*resta salva in ogni caso l’applicazione dell’articolo 178 del codice penale e dell’art. 445, comma 2, del codice di procedura penale*”, una volta pronunciata dal giudice di sorveglianza la riabilitazione del condannato, di cui all’art. 178 c.p. (derivandone l’estinzione del reato e delle pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna) ovvero riconosciuto dal tribunale estinto il reato per il decorso del termine di cinque anni o due anni (a seconda che si tratti di delitto o contravvenzione), ai sensi dell’articolo 445, comma 2, c.p.p., resta preclusa alla stazione appaltante la possibilità di valutare negativamente, ai fini dell’ammissione alla specifica gara, i fatti di cui alla inflitta sentenza di condanna. Inoltre, anche se non esplicitato dall’ultimo periodo della lettera c) dell’articolo 38, logicamente resta salva anche la procedura di estinzione, analoga a quella di cui all’articolo 445, comma 2 c.p.p., prevista dall’articolo 460, comma 5, c.p.p..

Contenuti dell’obbligo dichiarativo

L’insussistenza delle cause interdittive di cui alla lettera c) può essere autocertificata sulla base della previsione di cui all’articolo 38, comma 2. Gli operatori economici hanno pertanto l’obbligo di dichiarare qualsiasi condanna o violazione relativa alle fattispecie indicate alla lett. c), con l’eccezione di quelle per le quali sia intervenuta la riabilitazione o l’estinzione del reato per effetto di specifica pronuncia del giudice dell’esecuzione penale, in applicazione dell’articolo 445, comma 2, c.p.p. e dell’articolo 460, comma 5 c.p.p. essendo venuta meno la rilevanza penale delle stesse (cfr. T.A.R. Lazio, sez. II-*quater*, 22 luglio 2009, n. 7483). Va rammentato che, ai sensi dell’art.33 del d.P.R. 14 novembre 2002, n.313, il concorrente può effettuare una visura, presso l’Ufficio del Casellario giudiziale, senza efficacia certificativa, di tutte le iscrizioni a lui riferite, comprese quelle di cui non è fatta menzione nei certificati di cui agli articoli 24, 25, 26, 27 e 31 dello stesso d.P.R. 313/02.

La valutazione della gravità della condanna dichiarata, e della sua incidenza sulla “moralità professionale”, non è rimessa all’apprezzamento dell’impresa concorrente ma alla valutazione della stazione appaltante.

Al fine di evitare possibili incertezze applicative, appare necessario che le stazioni appaltanti non si limitino a richiedere agli operatori economici partecipanti di dichiarare, in autocertificazione, l’inesistenza di condanne incidenti sulla moralità professionale, ovvero di dichiarare di non trovarsi in

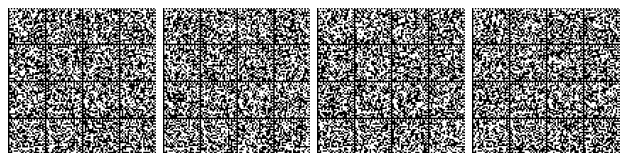
alcuna delle condizioni di cui alla lett. c) dell'articolo 38, comma 1, del Codice, ma prescrivano nei disciplinari di gara che la dichiarazione relativa al possesso dei requisiti autocertificabili, in merito alla lett. c), contenga l'attestazione circa l'assenza di sentenze di condanna, senza o con il beneficio della non menzione, e/o di irrogazione di pene patteggiate e/o di decreti penali di condanna, ovvero, se presenti, l'elencazione di tali precedenti penali.

Profili soggettivi della causa di esclusione

Per quanto attiene al profilo soggettivo, la disposizione individua i seguenti soggetti: il titolare e il direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; il socio e il direttore tecnico, in caso di società in nome collettivo; i soci accomandatari e il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; gli amministratori muniti di potere di rappresentanza e il direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio.

E' irrilevante la circostanza che la condanna dell'amministratore o del direttore tecnico sia intervenuta per fatti antecedenti alla data di assunzione nell'incarico presso l'operatore economico partecipante alla gara, ovvero per fatti non correlati ad eventuale interesse o vantaggio dell'operatore stesso. Ciò in quanto la condanna penale dei titolari, amministratori o del direttore tecnico dell'impresa, ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lett. c), costituisce circostanza incidente sull'affidabilità professionale dell'operatore economico nel suo complesso, nel senso che, dalla stessa, stante la rilevanza ed il ruolo del condannato nell'organizzazione aziendale e delle decisioni da esso assunte, deriva un'attenuazione della moralità complessiva dell'impresa concorrente ed una limitazione della sua capacità di partecipare alle gare ed alla stipulazione dei contratti di appalto.

Interruzione del nesso di identificazione tra operatore e condannato

Tale limitazione si protrae per i tre anni successivi alla cessazione della carica del soggetto condannato. Esiste la possibilità, tuttavia, per l'operatore economico interessato e con riferimento a detto triennio, di interrompere il nesso di identificazione adottando "*atti o misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata*", tenendo conto, in particolare, che il recupero dell'affidabilità dell'impresa non avviene automaticamente per effetto della semplice sostituzione del soggetto inquisito. E', infatti, ininfluente la circostanza che l'operatore economico abbia cessato di avvalersi dell'amministratore o del direttore tecnico condannati, tranne nel caso in cui dimostri di averli per tale

ragione estromessi dall'incarico e di essersi completamente dissociato dalla condotta penalmente sanzionata. A titolo esemplificativo, la dissociazione potrebbe consistere nell'estromissione del soggetto dalla compagine sociale e/o da tutte le cariche sociali con la prova concreta che non vi sono collaborazioni in corso, il licenziamento ed il conseguente avvio di un'azione risarcitoria, la denuncia penale.

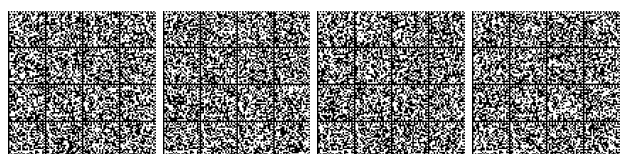
Il concorrente deve, in altri termini, fornire alla stazione appaltante una ricostruzione storica delle cariche sociali nell'arco dell'ultimo triennio, al fine di consentire la verifica in ordine alla sussistenza o meno del requisito, nonché gli elementi per provare la dissociazione qualora esistano condanne penali.

Dichiarazione relativa ai soggetti cessati

La dichiarazione sostitutiva è rilasciata dai soggetti indicati dalla disposizione anche se di tenore negativo, nel caso in cui il soggetto cessato non abbia subito condanne (cfr. pareri dell'Autorità n. 11 del 20 settembre 2007 e n. 237 del 5 novembre 2008). Può ritenersi, tuttavia, ammissibile, con riguardo ai soggetti cessati dalla carica, che il legale rappresentante, ai sensi dell'articolo 47, comma 2 del d.P.R. n. 445/2000, produca una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà "*per quanto a propria conoscenza*", specificando le circostanze che rendono impossibile (ad esempio, in caso di decesso) o eccessivamente gravosa (ad esempio, in caso di irreperibilità o immotivato rifiuto) la produzione della dichiarazione da parte dei soggetti interessati.

6. *Divieto di intestazione fiduciaria (articolo 38, comma 1, lett. d)*

Esclusione per intestazione fiduciaria

L'esclusione dei soggetti "*che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria, posto all'articolo 17, 3° comma, della legge 19 marzo 1990, n. 55*" contemplata dalla disposizione in esame, è del tutto nuova per gli appalti di servizi e forniture, mentre riproduce esattamente quanto già previsto dall'articolo 75, comma 1, lett. d) del d.P.R. n. 554/1999, per i lavori pubblici, con il fine di contrastare il rischio di infiltrazioni occulte delle organizzazioni mafiose nell'esecuzione degli stessi.

Caratteri e finalità

La disciplina in tema di intestazione fiduciaria dei soggetti appaltatori si ricollega all'esigenza di evitare che la stazione appaltante perda il controllo del vero imprenditore che ha partecipato alla gara; sicché, tranne il caso in cui l'intestazione fiduciaria concerna società appositamente autorizzate ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966 (le quali, a loro volta, abbiano comunicato all'amministrazione l'identità dei fiducianti), l'acclarata intestazione fiduciaria comporta l'esclusione dalla partecipazione alle gare e la preclusione alla stipulazione dei contratti.

Per la configurazione dell'ipotesi in esame, non è necessario il trasferimento di beni dai fiducianti al soggetto fiduciario, essendo sufficiente che a quest'ultimo sia conferita, attraverso idonei strumenti negoziali, la legittimazione ad esercitare i diritti o le facoltà, necessari per la gestione dei beni, che possono rimanere formalmente in capo al fiduciante.

Regolamento per il controllo delle composizioni azionarie

Con d.P.C.M. 11 maggio 1991, n. 187 è stato emanato il "*regolamento per il controllo delle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatori di opere pubbliche*", al quale deve farsi rinvio per quanto attiene agli obblighi specifici posti a carico delle società aggiudicatrici ed ai controlli sui relativi adempimenti. La *ratio* del regolamento, volto alla prevenzione della delinquenza di tipo mafioso, consente un'interpretazione estensiva dell'articolo 1, nel senso che, per le società il cui capitale non è rappresentato da azioni, la dichiarazione circa l'esistenza di diritti reali di godimento o di garanzia deve intendersi riferita alle quote aventi pari diritto.

7. Violazioni in materia di sicurezza ed obblighi derivanti da rapporti di lavoro (articolo 38, comma 1, lett. e)

Esclusione per violazione della normativa in materia di sicurezza

La disposizione esclude i soggetti *"che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e ad ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio"* ed è riferita ad ogni violazione di obblighi derivanti dai rapporti di lavoro diversi da quelli contributivi e assistenziali, in quanto questi ultimi sono stati riconosciuti dal legislatore, per la prima volta, in via autonoma alla lettera i). Lo scopo della previsione è, prevalentemente, quello di assicurare e di perseguire il più ampio rispetto della normativa in materia di sicurezza.

Per infrazioni alle norme in materia di sicurezza - e di ogni altro obbligo derivante dal rapporto di lavoro - debbono intendersi infrazioni disciplinate da varie normative, nell'ambito delle quali è opportuno citare il d.lgs. 14 agosto 1996, n. 494 ed il d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, poi confluiti nel d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, (recante il testo unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro), a sua volta da ultimo modificato dal d.lgs. 3 agosto 2009, n.106.

Individuazione delle fattispecie

In via esemplificativa, ai fini dell'individuazione delle violazioni degli obblighi in materia di sicurezza o derivanti dai rapporti di lavoro, diversi da quelli contributivi e assistenziali, si può fare riferimento a quelle indicate nell'allegato A al decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale 24 ottobre 2007 sul D.U.R.C. (in vigore dal 30 dicembre 2007) e nell'allegato I al d.lgs. n. 81/2008 cui fa espresso rinvio l'articolo 14 del citato testo unico (esposizione a rischi di carattere generale, di caduta dall'alto, di seppellimento, di elettrocuzione, di amianto).

Per quanto concerne il richiamato decreto, all'articolo 9, comma 1, sono individuate le irregolarità da parte del datore di lavoro alle disposizioni penali e amministrative in materia di tutela delle condizioni di lavoro, ostative al rilascio del Documento Unico di Regolarità Contributiva (D.U.R.C.), per i periodi indicati dal medesimo allegato con riferimento a ciascuna violazione.

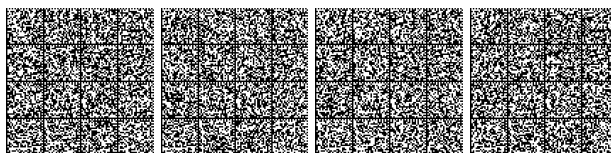
Valutazione della gravità

Le infrazioni per essere rilevanti ai fini dell'esclusione devono essere "gravi" e "debitamente accertate", intendendosi per tali quelle definitivamente accertate. La valutazione della loro gravità è rimessa al discrezionale apprezzamento della stazione appaltante, secondo i criteri già individuati nel commento alla lettera c), e deve essere congruamente motivata.

Definitività

La definitività dell'accertamento può discendere, a seconda dei casi, da una sentenza passata in giudicato (laddove la violazione configuri un reato) ovvero da un provvedimento amministrativo divenuto inoppugnabile (qualora si tratti di mero illecito amministrativo).

La disposizione prevede, inoltre, che le violazioni risultino dai dati in possesso dell'Osservatorio.

L'evoluzione della disciplina in materia di sicurezza, di particolare importanza e delicatezza, consente, tuttavia, di attribuire rilevanza, ai fini dell'esclusione, alle

informazioni comunque pervenute nella disponibilità della stazione appaltante.

8. *Negligenza ed errori gravi nell'attività professionale (articolo 38, comma 1, lett. f)*

Violazione del dovere di diligenza con dolo o colpa grave

La disposizione è il risultato di una sintesi tra quanto previsto alla lettera f) dell'articolo 75 d.P.R. n. 554/1999 per i lavori pubblici ("grave negligenza o malafede") e quanto disposto dall'articolo 11 del d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358 per le forniture e dall'articolo 12 del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 per i servizi (errore grave commesso nell'esercizio dell'attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova) di modo che ciascun settore, lavori da una parte e forniture e servizi dall'altra, risulta arricchito da quanto previsto nella previgente normativa per l'altro settore. Sono, in dettaglio, esclusi i soggetti che "*secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara, o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante*".

Ai fini della configurazione delle ipotesi in esame, non basta che le prestazioni non siano state eseguite a regola d'arte ovvero in maniera non rispondente alle esigenze del committente, occorrendo, invece, una violazione del dovere di diligenza nell'adempimento qualificata da un atteggiamento psicologico doloso o comunque gravemente colposo dell'impresa.

Valutazione della stazione appaltante

Non si ritiene che la grave negligenza e la malafede debbano essere accertate in sede giurisdizionale, dovendosi ritenere sufficiente la valutazione fatta dalla stessa stazione appaltante, in sede amministrativa, del comportamento tenuto in altri e precedenti rapporti contrattuali dall'impresa che intende partecipare alla nuova procedura di affidamento. Tale linea interpretativa poggia, oltre che sul dato testuale - dal momento che, ove il legislatore ha ritenuto necessario l'accertamento definitivo o il passaggio in giudicato della sentenza, lo ha richiesto espressamente - sulla considerazione che la clausola di esclusione di cui alla lettera f) non ha carattere sanzionatorio ma si pone l'obiettivo di salvaguardare l'elemento fiduciario, che deve necessariamente essere presente nei confronti dell'impresa e che è stato evidentemente compromesso in presenza di un giudizio formulato dalla

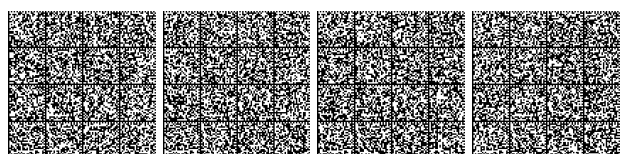
stessa stazione appaltante circa la grave negligenza commessa dall'aspirante partecipante, con la conseguenza dell'illegittimità dell'esclusione disposta sulla base di vicende delle quali sia obiettivamente verificabile la modesta lesività.

La valutazione di esclusione deve comunque essere sempre motivata, essendo connessa a nozioni ampie e generiche quali quelle di grave negligenza e malafede, che richiedono una adeguata motivazione in punto di fatto e di diritto, a seguito di un accertamento obiettivo, basato su elementi concreti, oggettivi e ragionevoli.

Riguardo la corretta individuazione della "stessa stazione appaltante", come già sostenuto nella determinazione n. 8/2004 nella vigenza del d.P.R. 554/1999, si ritiene che debba farsi riferimento alla amministrazione considerata come soggetto dotato di una personalità giuridica autonoma e non alle sue articolazioni, anche territoriali. Conseguentemente sono da considerarsi commesse nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara la grave negligenza o la malafede compiute nell'ambito di un rapporto negoziale intercorso con un soggetto che costituisce una mera articolazione interna, priva di personalità giuridica autonoma, della stazione appaltante stessa.

Esclusione per errore grave attinente all'attività professionale

La nuova formulazione della lettera f) del comma 1 dell'articolo 38 del Codice che, recependo quanto disposto dall'articolo 45, comma 2, lettera d), della direttiva 2004/18/CE, analogo al cit. articolo 24 della previgente direttiva, prevede espressamente, quale causa di esclusione, anche l'errore grave nell'esercizio di attività professionale accertato con qualsiasi mezzo di prova, determina il superamento del precedente avallo interpretativo. L'errore grave riguarda, più in generale, la attività professionale dell'imprenditore e quindi la sua reale capacità tecnica e professionale.

La rilevanza dell'errore grave non è circoscritta ai casi occorsi nell'ambito di rapporti contrattuali intercorsi con la stazione appaltante che bandisce la gara, ma attiene indistintamente a tutta la precedente attività professionale dell'impresa, in quanto elemento sintomatico della perdita del requisito di affidabilità e capacità professionale ed influente sull'idoneità dell'impresa a fornire prestazioni che soddisfino gli interessi di rilievo pubblico che la stazione appaltante persegue. Anche con riferimento all'errore grave, la stazione appaltante è tenuta ad esprimere una valutazione che deve essere supportata da congrua motivazione. L'accertamento dell'errore grave può avvenire con qualsiasi mezzo di prova e,

quindi, può risultare sia da fatti certificati in sede amministrativa o giurisdizionale, che da fatti attestati da altre stazioni appaltanti o anche da fatti resi noti attraverso altre modalità.

9. *Irregolarità fiscali (articolo 38, comma 1, lett. g)*

Esclusione per irregolarità fiscale salvo completa regolarizzazione

Sono esclusi dalla partecipazione alle gare *"coloro che hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti*".
La disposizione riproduce quasi fedelmente quanto previsto per i lavori pubblici dalla lettera g) dell'articolo 75 del d.P.R. n. 554/1999 con l'unica variazione della sostituzione del termine "*irregolarità*" con il termine "*violazioni*", mentre introduce una novità sostanziale per il settore dei servizi e delle forniture richiedendo, ai fini dell'esclusione, l'accertamento definitivo della violazione.
La definitività dell'accertamento consegue ad una decisione giurisdizionale o ad un atto amministrativo di accertamento tributario non impugnato e divenuto incontestabile.

Violazioni definitivamente accertate

E' stato, peraltro, chiarito dalla Corte di Giustizia (cfr. sez. I, 9 febbraio 2006, C-226/04 e C-228/04) e sancito dai giudici amministrativi nazionali, che laddove l'impresa si sia avvalsa di ricorsi giurisdizionali o amministrativi avverso atti di accertamento del debito o abbia usufruito di condono fiscale o previdenziale o, infine, abbia ottenuto una rateizzazione o riduzione del debito, la stessa deve essere considerata in regola, a condizione che provi di aver presentato ricorso o di aver beneficiato di tali misure, entro il termine di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara ovvero di presentazione dell'offerta.
L'operatore economico deve dimostrare di avere beneficiato di tali misure o di avere proposto i predetti ricorsi entro la scadenza del termine di presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione in caso di procedure ristrette. Tale condizione è essenziale, in quanto il requisito della regolarità tributaria, costituendo presupposto per la partecipazione alla procedura di affidamento, deve sussistere al momento della scadenza del termine di partecipazione ed essere mantenuto per tutto lo svolgimento della gara fino all'aggiudicazione (T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 12 giugno 2008, n. 1479; T.A.R. Lazio, sez. III, 5 marzo 2009, n. 2279). Pertanto, così

come sarebbe irrilevante un adempimento tardivo (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 288) per converso, ai fini dell'esclusione, la definitività dell'accertamento deve parimenti sussistere al momento della presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione (per il certificato dei carichi pendenti risultanti al sistema informativo dell'anagrafe tributaria si veda la circolare n. 34/E dell'Agenzia delle Entrate del 25 maggio 2007).

Durata dell'efficacia ostativa

Per quanto concerne la durata dell'efficacia ostativa delle violazioni degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, tenuto conto che il rapporto tra il fisco e i contribuenti è di tipo continuativo e le irregolarità sono, pertanto, suscettibili di essere sanate a seguito di accordi transattivi o di adempimenti satisfattivi, ciò che rileva ai fini della partecipazione ad una gara di appalto è che, al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione, l'operatore economico non versi in una situazione di irregolarità tributaria definitivamente accertata. L'eventuale violazione di obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, definitivamente accertata, perde la sua efficacia ostativa alla partecipazione alle gare di appalto se e quando l'operatore economico regolarizza completamente la propria posizione.

***10.** Falsa dichiarazione (articolo 38, comma 1, lett. h)*

Falsa dichiarazione con grave colpevolezza

La disposizione esclude i soggetti *"che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio*". Essa ripropone esattamente quanto già previsto dal d.P.R. n. 554/1999 per i lavori pubblici; costituisce, invece, una novità per i servizi e le forniture, dal momento che la previgente normativa richiedeva espressamente, ai fini dell'esclusione, la sussistenza dell'elemento soggettivo della grave colpevolezza della falsa dichiarazione e non comminava la sanzione dell'esclusione di durata annuale.

Nel caso in cui la stazione appaltante riscontri sul casellario informatico la presenza di un'annotazione a carico di un operatore economico per falsa dichiarazione, l'esclusione dalla gara è, quindi, automatica (per l'anno previsto

dalla norma), vale a dire che costituisce un'attività vincolata, senza possibilità di esercitare alcuna discrezionalità. Ovviamente, se la stazione appaltante riscontra, in corso di gara, una falsa dichiarazione, essa procede ciò nondimeno all'esclusione. L'aver reso false dichiarazioni sul possesso dei requisiti e delle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara integra, infatti, una causa autonoma di esclusione.

La modifica introdotta dal d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (c.d. terzo decreto correttivo), attraverso l'espresso riferimento all'affidamento dei subappalti, ha chiarito che gli effetti correlati alla disposizione sono estesi anche alle dichiarazioni dei subappaltatori risultate mendaci a seguito dei controlli effettuati dalla stazione appaltante, superando le perplessità sorte in passato al riguardo.

Obbligo di segnalazione all'Autorità

La sanzione dell'esclusione ed il correlato obbligo di segnalazione al casellario informatico trova oggi applicazione generalizzata anche agli appalti di servizi e forniture, in virtù dell'estensione operata dal citato terzo decreto correttivo al Codice.

Le stazioni appaltanti devono, quindi, segnalare all'Autorità tutti i casi di non corrispondenza, con riferimento ai requisiti e condizioni per la partecipazione alle gare, tra le dichiarazioni rese dai partecipanti e la successiva acquisita documentazione; l'Autorità, a seguito della segnalazione, provvede alla diretta iscrizione del dato nel casellario informatico (cfr. determinazioni n. 1/2005 e n. 1/2008).

La genericità ed onnicomprensività della formulazione della norma in questione induce a ritenere che l'obbligo di segnalazione non sia limitato ai requisiti oggettivi, di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria, ma sussista anche in caso di false dichiarazioni sul possesso dei requisiti soggettivi di ordine generale (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4906). Peraltro, nello schema di regolamento in via di approvazione è espressamente previsto all'articolo 8 l'inserimento nel casellario informatico presso l'Osservatorio delle notizie relative alle false dichiarazioni rese in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle gare e per l'affidamento dei subappalti.

Decorrenza del termine

Il termine annuale entro il quale è operante l'esaminata preclusione, come previsto dall'articolo 8, comma 2, lettera s) dello schema di regolamento attuativo del Codice, decorre dalla data di iscrizione nel casellario informatico

dell'informazione in ordine alle dichiarazioni non veritiere rese dall'operatore economico (analogamente per la sospensione ex articolo 48, da uno a dodici mesi, disposta dal Consiglio dell'Autorità); ciò in quanto, diversamente argomentando, l'efficacia concreta della preclusione finirebbe con l'essere legata unicamente ad un elemento accidentale, quale la tempestività della comunicazione eseguita dalla stazione appaltante in merito all'operatore economico che ha reso la falsa dichiarazione.

Annotazione nel casellario informatico

La segnalazione della falsa dichiarazione all'Autorità è strettamente consequenziale alla esclusione dalla gara: pertanto, l'Autorità annota l'informazione ricevuta da parte della stazione appaltante, fatto salvo il caso di inesistenza in punto di fatto dei presupposti o di inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante.

La più recente giurisprudenza al riguardo afferma che "*prima di disporre l'iscrizione nel casellario, l'Autorità procede alle verifiche del caso. La determinazione n. 1/2008 dispone infatti che l'Autorità posta a conoscenza del provvedimento di esclusione disposto dalla stazione appaltante e dell'eventuale dichiarazione non veritiera resa dall'operatore economico, procede alla puntuale e completa annotazione dei contenuti nel casellario informatico, "salvo il caso che consti l'inesistenza in punto di fatto dei presupposti o comunque l'inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante*" (Cons. Stato, sez. VI, 4 agosto 2009, nn. 4906, 4905 e 4907).

Valutazione da parte dell'Autorità

La valutazione di inconferenza della notizia o dell'inesistenza in punto di fatto dei presupposti per l'annotazione implica, infatti, un apprezzamento da parte dell'Autorità circa i fatti oggetto della dichiarazione mendace, che appare tanto più doveroso laddove si consideri l'effetto interdittivo che alla stessa consegue .

Recenti pronunce hanno ulteriormente precisato che "*secondo quanto affermato dalla stessa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici con determinazione n. 1 del 2008, nel caso in cui detta Autorità sia portata a conoscenza del provvedimento di esclusione disposto dalla stazione appaltante e dell'eventuale dichiarazione non veritiera resa dall'operatore economico, l'Autorità medesima "procede alla puntuale e completa annotazione dei relativi contenuti nel Casellario informatico, salvo il caso che consti l'inesistenza in punto di fatto dei presupposti o comunque*

l'inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante"; la clausola di salvezza riportata nell'ultima proposizione è idonea a radicare un potere valutativo che impone l'analisi delle eventuali esimenti addotte dall'impresa al fine di escludere la propria responsabilità per dichiarazioni non veritiere, non comprendendosi altrimenti a quali situazioni essa (con locuzioni generiche, quale ad es. l'"inconferenza") si riferisca." (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 11 novembre 2009, nn. 11068,11090 e 11091).

Si osserva, poi, che l'esclusione annuale dalle gare disposta in via automatica, a prescindere da ogni valutazione circa la gravità del comportamento colpevole del dichiarante sarebbe in contrasto con l'articolo 45, par. 2, lett. g), della direttiva 2004/18/CE. Questo dispone che può essere escluso dalla partecipazione alla gara ogni operatore economico "*che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste a norma della presente sezione o che non abbia fornito dette informazioni*".

Conseguentemente, un'applicazione automatica della sanzione interdittiva annuale, sembra difficilmente compatibile con i principi generali di diritto comunitario applicabili in materia di appalti pubblici e, segnatamente, con il principio di proporzionalità.

Quindi, alla luce della normativa comunitaria e nel rispetto dei principi di legalità, del contraddittorio, di proporzionalità e del giusto procedimento, l'Autorità ritiene doveroso assicurare un contraddittorio preventivo all'annotazione nel casellario informatico, mediante la comunicazione di avvio del relativo procedimento (*ex* articolo 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241) e riconoscendo all'impresa ed alla stazione appaltante il diritto di parteciparvi (*ex* articolo 10 della stessa legge). Tale contraddittorio è disciplinato nell'allegato alla presente determinazione.

Sempre nell'ottica di garantire l'applicazione delle garanzie partecipative e dei principi citati, le stazioni appaltanti sono tenute ad informare contestualmente l'operatore economico interessato dell'invio della segnalazione all'Autorità.

11. *Irregolarità contributive (articolo 38, comma 1, lett. i)*

Irregolarità contributiva

La lettera i) è stata introdotta dal legislatore come una autonoma causa di esclusione rappresentata dall'aver "*commesso violazioni gravi, definitivamente*

accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti".

A seguito dell'entrata in vigore della disciplina di cui agli articoli 2 del d.l. 25 settembre 2002, n. 210 (convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266) e 3, comma 8, lett. b-bis del d.lgs.14 agosto 1996, n. 494 (si veda ora il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81) è stato introdotto il documento unico di regolarità contributiva (DURC), certificato che attesta contestualmente la regolarità di un operatore economico per quanto concerne gli adempimenti INPS, INAIL, nonché cassa edile per i lavori, verificati sulla base della rispettiva normativa di riferimento.

Il procedimento di rilascio di tale documento è stato recentemente semplificato attraverso l'introduzione al comma 10 dell'articolo 16-*bis* del d.l. 29 novembre 2008, n. 185 (convertito in legge dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2), dell'obbligo in capo alle stazioni appaltanti pubbliche di acquisire d'ufficio, anche attraverso strumenti informatici, il D.U.R.C. dagli istituti o dagli enti abilitati al rilascio in tutti i casi in cui è richiesto dalla legge.

Soglia di gravità del DURC

Attualmente, il decreto del Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale 24 ottobre 2007 e la circolare esplicativa del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali del 30 gennaio 2008, n. 5, costituiscono il principale riferimento in materia. Il decreto, nel regolamentare le modalità di rilascio ed i contenuti del D.U.R.C., definisce i parametri di valutazione fissando una soglia di "gravità" dell'inadempimento e limitando, di fatto, la discrezionalità delle stazioni appaltanti in ordine alla attività di verifica alle stesse demandata in merito alla sussistenza del requisito. In particolare, il decreto ministeriale ha previsto, all'articolo 8, comma 3, che, ai soli fini della partecipazione a gare di appalto, non osta al rilascio del D.U.R.C. uno scostamento non grave tra le somme dovute e quelle versate, con riferimento a ciascun Istituto previdenziale e a ciascuna Cassa edile. Scostamento non grave è considerato quello inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore ad euro 100,00, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del D.U.R.C..

Pertanto, in presenza di un D.U.R.C. da cui emerga una irregolarità contributiva

grave nel senso chiarito, le stazioni appaltanti sono tenute a prendere atto della certificazione senza poterne in alcun modo sindacare le risultanze (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2009 n. 7255; Cons. Stato, sez. IV, 10 febbraio 2009, n.1458). Tale interpretazione riconduce il D.U.R.C. nel novero delle dichiarazioni di scienza, assistite da fede pubblica privilegiata ai sensi dell'articolo 2700 c.c., e facenti piena prova fino a querela di falso.

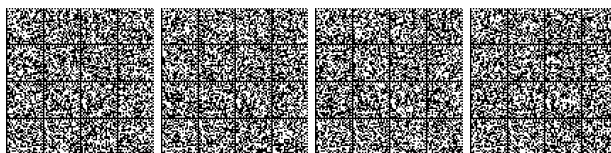
Conseguenza di quanto evidenziato è, inoltre, che il procedimento di rilascio della certificazione di regolarità contributiva ha una sua autonomia rispetto al procedimento di gara ed è sottoposto alle regole proprie della materia previdenziale, della cui corretta applicazione è peraltro competente a conoscere il giudice ordinario (cfr. Cons. di Stato, sez. V, 23 gennaio 2008, n. 147).

Definitività dell'accertamento

In caso di irregolarità contributiva, la definitività dell'accertamento è insita nella circostanza che l'operatore economico, che ha regolarmente presentato la denuncia mensile delle retribuzioni soggette a contribuzione percepite dai lavoratori occupati, ha l'obbligo di versare quanto dovuto e dichiarato, alle scadenze mensili o, comunque, periodiche di cui egli stesso è a conoscenza. La definitività dell'accertamento sussiste altresì nel caso di ingiustificata sospensione della rateizzazione di un debito contributivo pregresso autorizzato dall'Istituto competente. Anche la mancata sospensione della cartella amministrativa, conseguente all'assenza di ricorso amministrativo o giudiziario, comporta la definitività dell'accertamento (articolo 8, comma 1, del d.m. 24 ottobre 2007).

Come chiarito agli articoli 5 e 8 del richiamato d.m. 24 ottobre 2007, nel caso, invece, in cui l'operatore economico si sia avvalso di rimedi giudiziari, avverso atti di accertamento del debito o abbia usufruito di condono previdenziale o abbia ottenuto "formalmente" una rateizzazione di detto debito, lo stesso può essere considerato in regola con gli obblighi previdenziali.

Ulteriori indicazioni sono state fornite dal Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali con l'interpello n. 64 del 31 luglio 2009, ove fra l'altro si fa presente che il decorso del termine assegnato per la decisione di un ricorso amministrativo è considerato quale silenzio-rigetto, con conseguente impossibilità di rilasciare il D.U.R.C., in assenza di pendenza di ricorso giudiziario.

Il requisito della regolarità contributiva deve sussistere fin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione (essendo irrilevanti eventuali

adempimenti tardivi) e per tutta la durata della procedura di gara, fino alla aggiudicazione ed alla sottoscrizione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2876; Cons. Stato, sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 288; Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8215).

Validità temporale

Per quanto concerne la validità temporale del D.U.R.C., si ritiene che, anche in un'ottica di semplificazione e speditezza delle procedure di gara, nel settore degli appalti pubblici, alla certificazione vada riconosciuta una validità trimestrale al pari di quanto disposto dall'articolo 39-*septies* del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, (convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51) con espresso riferimento al solo settore dei lavori nei cantieri edili (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce SEZ. III - sentenza 16 ottobre 2009 n. 2304).

In merito al distinto profilo dell'obbligo di iscrizione alla cassa edile per le imprese che eseguono lavori pubblici pur applicando contratti collettivi di lavoro differenti, può ritenersi che la certificazione vada in tal caso rilasciata dall'INPS e dall'INAIL, spettando il rilascio del D.U.R.C. alla Cassa edile solo per le imprese inquadrate nel settore dell'edilizia (cfr. interpello Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali n. 56 del 23 dicembre 2008).

L'attestazione di regolarità contributiva è richiesta anche nelle procedure di acquisizione in economia di beni, servizi e lavori, ad esclusione dell'ipotesi di amministrazione diretta *ex* articolo 125, comma 3, del Codice (cfr. interpello n.10/2009 del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali).

***12.** Normativa sul collocamento dei soggetti disabili (articolo 38, comma 1, lett. l)*

Esclusione per mancato rispetto della normativa sui disabili

La lettera l) commina l'esclusione per i soggetti che *"non presentino la certificazione di cui all'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2"*. Essa fa riferimento al rispetto della disciplina in materia di lavoro dei disabili, già operante nella vigenza della precedente normativa ma non inclusa tra i requisiti generali di partecipazione. L'articolo 17 della citata legge n. 68/1999 è stato di recente modificato dall'articolo 40, comma 5, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, legge 6 agosto 2008, n. 133), il quale ha previsto che le imprese partecipanti a gare di appalto devono presentare preventivamente alle pubbliche amministrazioni la dichiarazione del

legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione. E' stata, in tal modo, recepita dal legislatore l'indicazione del Ministero del lavoro fornita con la circolare n. 10/2003, in merito all'estensione anche a tale fattispecie della disciplina in materia di autocertificazione; la circolare precisa, altresì, che spetta alle amministrazioni, in sede di verifica del requisito, effettuare i necessari accertamenti presso i servizi provinciali che esercitano le funzioni di collocamento.

La previsione ha un chiaro contenuto di ordine pubblico e la sua applicazione non viene fatta dipendere dall'inserimento o meno dell'obbligo ivi previsto fra le specifiche clausole delle singole gare, con la conseguenza che il bando, privo di riferimento agli obblighi derivanti dalla norma legislativa anzidetta, deve intendersi dalla stessa comunque integrato (cfr. Cons. di Stato, sez. V, 24 gennaio 2007, n. 256).

***13.** Sanzioni interdittive (articolo 38, comma 1, lett. m)*

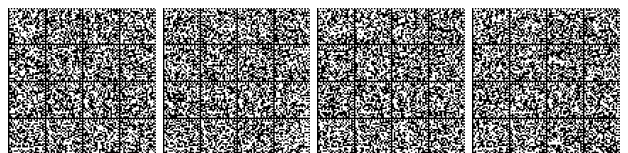
Esclusione automatica dipendente da specifiche norme di legge

La disposizione si riferisce a casi di esclusione dalla partecipazione alle gare che derivano dall'applicazione di specifiche norme di legge e, in particolare, sancisce il divieto di partecipazione alle gare per i soggetti *"nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'art. 9, co. 2, lett. c) del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 36-bis, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248".*

Sanzione interdittiva ex d.lgs. n. 231/2001

Il primo riferimento è alla esclusione dalla gara derivante dall'applicazione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, che disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reati commessi, nell'interesse o a vantaggio dell'ente, da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione degli stessi o da dipendenti. L'articolo 9 del decreto citato indica, tra le sanzioni amministrative che il giudice può comminare nel caso venga accertata la responsabilità dell'ente il "*divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio*".

Sanzione interdittiva ex art.

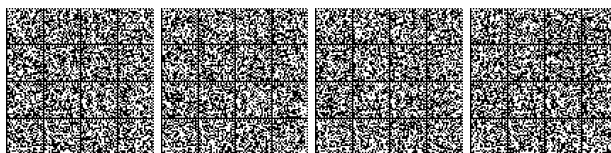
Viene poi in rilievo una ipotesi specifica di violazione delle norme di sicurezza

14 d.lgs. n. 81/2008

disciplinata all'articolo 14 del testo unico in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro di cui al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 (come da ultimo modificato dal d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106), in passato limitata ai cantieri edili ed oggi estesa a tutte le attività imprenditoriali. In particolare, al comma 1 del citato articolo 14 è previsto che "*...ferme restando le attribuzioni del coordinatore per l'esecuzione dei lavori di cui all'art. 92, comma 1, lett.e), gli organi di vigilanza del Ministero del lavoro (...) anche su segnalazione di amministrazioni pubbliche (...) possono adottare provvedimenti di sospensione (...) dell'attività imprenditoriale interessata dalle violazioni quando riscontrano l'impiego di personale non risultante dalla documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20% del totale dei lavoratori presenti sul luogo del lavoro, nonché in caso di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza…individuate con decreto del Ministero del lavoro (…). In attesa dell'adozione del decreto, le violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro che costituiscono il presupposto per l'adozione del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale sono quelle individuate nell'allegato I.*" In presenza di tali violazioni può essere adottato un provvedimento interdittivo alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni ed alla partecipazione alle gare pubbliche per la durata individuata in relazione alle diverse percentuali dei lavoratori irregolari e, comunque, non superiore a due anni.

Provvedimento interdittivo

Dal tenore della richiamata normativa si evince che, affinché possa determinarsi l'esclusione dalla procedura di gara, non è sufficiente la pendenza del procedimento di cui all'articolo 14 del d.lgs n. 81/2008, ma è necessaria l'applicazione del menzionato provvedimento interdittivo la cui efficacia decorre dalla data di notifica all'operatore economico interessato di cui è data notizia sul casellario.

Norma di chiusura

La disposizione di cui alla lett. m) contiene, infine, una norma di chiusura del sistema che prevede che gli effetti preclusivi ivi previsti sono conseguenti ad ogni "*altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione*". L'articolo 32-*quater* del codice penale prevede l'"*incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione*", quale pena accessoria della condanna definitiva per alcuni reati particolarmente gravi (malversazione, corruzione, associazione a delinquere di stampo mafioso, etc.), se commessi in

danno o a vantaggio di un'attività imprenditoriale o comunque in relazione ad essa.

14. *Sospensione o revoca dell'attestazione SOA (articolo 38, comma 1, lett. m-bis)*

Sospensione o revoca dell'attestazione SOA per falsa documentazione o dichiarazioni mendaci

Il decreto legislativo 31 luglio 2007, n. 113, c.d. secondo correttivo del Codice, ha inserito nell'articolo 38 un'ulteriore causa di esclusione per i soggetti "*nei cui confronti sia stata applicata la sospensione o la revoca dell'attestazione SOA da parte dell'Autorità per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico*". Il terzo correttivo del Codice (d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152) ha modificato la previsione in esame, eliminando il riferimento alla sospensione o decadenza dell'attestazione da parte della sola Autorità.

Quanto alla suddetta fattispecie di esclusione dalle gare d'appalto, il *dies a quo* decorre dalla data di inserimento del provvedimento di decadenza dell'attestazione nel casellario informatico da parte dell'Autorità, tenuto conto che la norma si riferisce a decadenze dell'attestato SOA "*risultanti dal casellario informatico*".

Le stazioni appaltanti, in sede di gara, allorché riscontrino dalla consultazione del casellario informatico, una decadenza dell'attestazione per falso devono escludere l'operatore economico, per carenza del requisito in argomento. Se, tuttavia, dal casellario risulti che l'operatore economico ha ottenuto una nuova attestazione, ciò implica che la stessa sia stata rilasciata in coerenza con quanto stabilito nella determinazione n. 6 del 15 novembre 2006. Tale determinazione prevede che la non imputabilità della falsità all'impresa acquista rilevanza ai fini del rilascio di nuova attestazione; infatti, in caso di falso non imputabile, sussisterà il requisito di ordine generale di non aver reso false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti richiesti per l'ammissione agli appalti e per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione ai sensi dell'art. 17, lett. m), d.P.R. n. 34 del 2000. Tale ipotesi comporta che nel casellario informatico oltre all'annotazione relativa alla decadenza dell'attestazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci sarà inserita nei confronti dell'operatore economico anche l'informazione circa il rilascio di una nuova attestazione.

***15.** Omessa denuncia dei reati di concussione ed estorsione (articolo 38, comma 1, lett. m-ter)*

Esclusione per omessa denuncia dei reati di concussione ed estorsione

Con la legge 15 luglio 2009, n. 94 (recante "*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*") è stata inserita una nuova causa di esclusione dalle gare indicata con la lettera m-*ter*) ed una limitazione dell'ambito soggettivo di applicazione di tutte le ipotesi elencate al primo comma dell'articolo 38. La disposizione preclude la partecipazione alle gare ai soggetti *"di cui alla precedente lett. b) che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli artt. 317 e 629 cod. pen. aggravati ai sensi dell'art.7 del d.l. 13 maggio 1991, n.152, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 1991, n.203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'art.4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n.689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'art.6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio".*

Comunicazione del procuratore della Repubblica

Ambito di applicazione soggettiva ed esimenti

La novella normativa si applica, pertanto, ai soggetti elencati alla lettera b) dell'articolo 38 (il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società) i quali devono essere esclusi dalle gare nel caso in cui non abbiano denunciato all'autorità giudiziaria di essere stati vittime dei reati di concussione o estorsione aggravata. Questa disposizione non opera quando il fatto è stato commesso, ai sensi dell'articolo 4, comma 1, della legge 24 novembre 1981, n. 689, nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa.

In altri termini, la causa di esclusione di cui alla lettera *m- ter)* non opera se la mancata denuncia sia riconducibile allo stato di necessità nel quale si trova la vittima del reato. Si ritiene che l'indagine e la verifica circa la sussistenza di tale

circostanza esimente debbano essere svolte dal procuratore della Repubblica, il quale provvederà a trasmettere all'Autorità l'informazione relativa alla omessa denuncia solo a seguito dell'esito negativo di detto accertamento.

La mancata denuncia deve emergere dagli indizi alla base della richiesta del pubblico ministero di rinvio a giudizio dell'imputato formulata nei tre anni anteriori alla pubblicazione del bando. L'Autorità, a propria volta, dovrà pubblicare sul casellario informatico la comunicazione della mancata denuncia unitamente al nominativo del soggetto che ha omesso di denunciare. Di tale pubblicazione sarà data informazione al soggetto stesso al fine di evitare che l'operatore economico incorra nella falsa dichiarazione in merito al requisito.

Decorrenza del periodo triennale

Si ritiene poi che il periodo triennale decorra dalla data di richiesta di rinvio a giudizio, costituendo tale data il momento in cui si realizza sul piano sostanziale la fattispecie ostativa; laddove il processo penale si concluda, entro il suddetto termine dei tre anni, con una sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere, viene meno il presupposto della causa di esclusione, con conseguente cancellazione dell'annotazione.

16. *Rapporti di controllo e collegamento sostanziale (articolo 38, comma 1, lett. m-quater)*

Esclusione per accertata imputabilità dell'offerta ad un unico centro decisionale

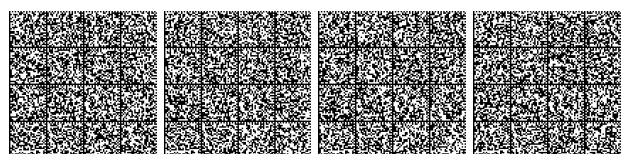
Con il decreto legge 25 settembre 2009, n.135, (articolo 3), convertito con legge 20 novembre 2009, n. 166, in materia di attuazione di obblighi comunitari, è stata apportata una modifica all'articolo 38, al fine di superare le censure mosse dalla Corte di giustizia delle Comunità europee all'articolo 34, comma 2, del Codice. Tale disposizione prevedeva l'inammissibilità della partecipazione alla medesima gara per le imprese che siano fra di loro in una delle situazioni di controllo e collegamento ai sensi dell'articolo 2359 c.c., comportando un obbligo in via assoluta ed automatica per le amministrazioni aggiudicatrici di escludere i concorrenti che siano nelle suddette situazioni. Il giudice comunitario, con sentenza 19 maggio 2009, causa C-538/07, ha ammesso la facoltà per gli Stati membri di integrare l'elenco (ritenuto tassativo secondo precedenti pronunce della Corte) delle cause di esclusione concernenti l'affidabilità morale e professionale degli imprenditori, contenuto nelle direttive in materia di appalti pubblici; ciò, in quanto eventuali ulteriori ipotesi preclusive sono dirette a garantire il rispetto dei

principi di parità di trattamento dei concorrenti e di trasparenza della procedura. Il giudice ha, tuttavia, ravvisato violazione del principio di proporzionalità laddove la normativa nazionale, sulla base di una presunzione assoluta di reciproca influenza nella formulazione delle offerte, stabiliva un divieto in ordine alla situazione di controllo e collegamento ai sensi dell'articolo 2359 c.c., senza la possibilità di prova contraria, senza cioè consentire al concorrente di dimostrare che detto rapporto non ha influito sul rispettivo comportamento nella procedura di gara, con conseguente limitazione della concorrenza.

Evoluzione normativa

Il legislatore nazionale, in ottemperanza alla decisione del giudice comunitario, ha eliminato dalla normativa codicistica tale divieto automatico, mantenendo comunque la fattispecie impeditiva relativa alla mancanza, sul piano sostanziale, di una reale alterità soggettiva. E' stato dunque soppresso l'articolo 34, comma 2, del Codice, prevedendo altresì all'articolo 38 un'ulteriore causa di esclusione consistente nel trovarsi "*in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale*". E' stato inoltre introdotto, al comma 2 dell'articolo 38, l'obbligo di autocertificare a) l'assenza di situazioni di controllo e collegamento o b) che tali situazioni non hanno influito sulla presentazione dell'offerta, allegando, in busta separata, la documentazione idonea a dimostrare che la stessa è stata formulata in modo autonomo. Tali documenti, di carattere probatorio, potrebbero essere, a titolo esemplificativo statuti, documenti riguardanti l'organizzazione aziendale, visure storiche.

E' altresì disposto che la stazione appaltante esclude i concorrenti a seguito dell'accertamento, dopo l'apertura dell'offerta economica, della imputabilità delle offerte al medesimo centro decisionale, sulla base di univoci elementi (cfr. sentenza Corte giustizia citata: "*Il compito di accertare se il rapporto di controllo in questione abbia esercitato un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte (...) richiede un esame e una valutazione dei fatti che spetta alle amministrazioni aggiudicatrici effettuare*").

In tal modo, la disciplina interna consente alle imprese di provare l'insussistenza dei rischi di turbativa della selezione, essendo possibile, ad esempio, che imprese di un gruppo conservino una sfera di autonomia nella gestione della loro politica

commerciale e delle loro attività economiche, che impedisca l'insorgenza di commistioni (cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 9 dicembre 2009, n. 12679).

L'autocertificazione nell'ipotesi *sub* a) (assenza di controllo) deve fare riferimento anche a situazioni di controllo di fatto e attestare, in ogni caso, la piena autonomia del dichiarante nella formulazione dell'offerta. Parimenti, nell'ipotesi *sub* b) (presenza di controllo) devono essere dichiarate anche situazioni di controllo di fatto, ferma restando l'attestazione circa l'autonomia nella elaborazione dell'offerta.

In base a quanto sopra considerato,

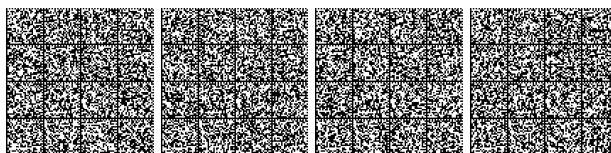
il Consiglio

ritiene che:

1) la valutazione dei requisiti di ordine generale previsti all'art.38 del codice dei contratti pubblici debba avvenire nel rispetto delle indicazioni riportate nella presente determinazione, al fine di garantire i principi di trasparenza e corretta competitività;
2) le stazioni appaltanti trasmettono all'Autorità, dandone contestuale informazione all'operatore economico, le comunicazioni relative alle cause di esclusione, secondo quanto previsto nelle determinazioni n.1/2005 e n.1/2008 ed utilizzando i moduli ad esse allegati, opportunamente adattati, nelle more del completamento dell'informatizzazione dei processi;
3) l'iscrizione nel casellario informatico dell'annotazione nei confronti dell'operatore economico escluso per aver reso false dichiarazioni in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara ai sensi della lettera h) dell'articolo 38, è effettuata dall'Autorità previo contraddittorio con le parti interessate e secondo quanto previsto nell'allegato alla presente determinazione.

La presente determinazione, che sostituisce le determinazioni n. 16/23 del 2001 e n. 13 del 2003, entra in vigore dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

Il presidente: GIAMPAOLINO

Il relatore: CALANDRA

ALLEGATO

Regole del procedimento per l'iscrizione nel casellario dell'annotazione nei confronti dell'operatore economico escluso per aver reso false dichiarazioni in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara ai sensi della lettera h) dell'articolo 38 del d.lgs n. 163 del 2006.

Art 1

Avvio del procedimento

L'Autorità nel caso in cui la segnalazione inviata dalla Stazione Appaltante risulti incompleta, formula una richiesta di integrazione documentale, con la specificazione dei documenti da allegare e dei termini entro cui le informazioni devono essere fornite.

La richiesta di integrazione sarà altresì inviata per conoscenza all'operatore economico segnalato.

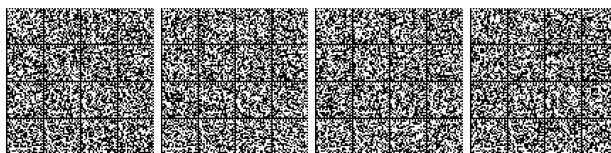
Qualora la documentazione e/o le informazioni richieste alla Stazione Appaltante non vengano fornite ovvero vengano fornite in ritardo rispetto ai termini assegnati, l'Autorità avvia il procedimento sanzionatorio ai sensi dell'art. 6, comma 11, del Codice.

Una volta acquisita la segnalazione, idoneamente integrata con gli allegati richiesti, l'Autorità dispone l'avvio del procedimento, dandone comunicazione ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti e alla Stazione Appaltante .

Nella comunicazione di avvio del procedimento saranno almeno indicati:

- l'oggetto del procedimento;
- il termine per l'invio di eventuali memorie e documentazione allegata, nonché per eventuali controdeduzioni;
- l'ufficio presso cui è possibile avere accesso agli atti del procedimento;
- il responsabile del procedimento;
- il termine di conclusione del procedimento;
- l'indicazione di un referente, con i relativi contatti, per eventuali richieste di chiarimenti o comunicazioni successive.

Il Responsabile del Procedimento può convocare in audizione e/o richiedere documenti, informazioni e chiarimenti alle Stazioni Appaltanti, agli Operatori Economici nonché ad ogni altro soggetto in grado di fornire elementi probatori utili ai fini dell'esame del procedimento in corso.

Qualora la documentazione richiesta non venga fornita entro i termini indicati nella richiesta, l'Autorità avvia il procedimento sanzionatorio ai sensi dell'articolo 6, comma 11 del Codice.

Art. 2

Termini di conclusione del procedimento

Per la conclusione del procedimento l'Autorità fissa un termine non superiore a 90 giorni, decorrenti dalla notifica dell'avvio del procedimento.

In caso di necessità di ulteriori acquisizioni documentali e/o richieste di audizione formulate dalle parti o disposte dall'Autorità, il termine per la pronuncia da parte dell'Autorità resta sospeso per il periodo necessario allo svolgimento dell'istruttoria e alla presentazione delle controdeduzioni e comunque per un periodo non superiore a 40 giorni.

Art. 3

Comunicazione del termine infraprocedimentale

Il Responsabile del Procedimento invia alle parti una comunicazione contenente la data del termine infraprocedimentale per l'acquisizione degli ulteriori elementi probatori, per la eventuale richiesta motivata di audizione in Consiglio e per ogni eventuale ulteriore difesa, nonché un'indicazione sintetica delle risultanze emerse dall'esame della documentazione acquisita.

Il termine di cui al comma precedente non potrà risultare superiore a 15 giorni dalla data di ricevimento della comunicazione.

Di regola, non saranno accettati e tenuti in considerazione ulteriori documenti e fatti nuovi prodotti successivamente al termine infraprocedimentale di acquisizione degli elementi probatori.

All'esito dell'istruttoria l'ufficio competente sottopone la questione al Consiglio per la decisione e provvede a comunicare alle parti interessate la relativa conclusione.

10A02979

MODALITÀ PER LA VENDITA

La «Gazzetta Ufficiale» e tutte le altre pubblicazioni dell'Istituto sono in vendita al pubblico:

- **presso l'Agenzia dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. in ROMA, piazza G. Verdi, 10 - ☎ 06 85082147;**
- **presso le librerie concessionarie riportate nell'elenco consultabile sul sito www.ipzs.it, al collegamento rete di vendita (situato sul lato destro della pagina).**

L'Istituto conserva per la vendita le Gazzette degli ultimi 4 anni fino ad esaurimento. Le richieste per corrispondenza potranno essere inviate a:

Funzione Editoria - U.O. DISTRIBUZIONE
Attività Librerie concessionarie, Vendita diretta e Abbonamenti a periodici
Piazza Verdi 10, 00198 Roma
fax: 06-8508-4117
e-mail: editoriale@ipzs.it

avendo cura di specificare nell'ordine, oltre al fascicolo di GU richiesto, l'indirizzo di spedizione e di fatturazione (se diverso) ed indicando i dati fiscali (codice fiscale e partita IVA, se titolari) obbligatori secondo il DL 223/2007. L'importo della fornitura, maggiorato di un contributo per le spese di spedizione, sarà versato in contanti alla ricezione.

DELLA REPUBBLICA ITALIANA

CANONI DI ABBONAMENTO ANNO 2010 (salvo conguaglio) (*)

GAZZETTA UFFICIALE - PARTE I (legislativa)

CANONE DI ABBONAMENTO

Tipo A	Abbonamento ai fascicoli della serie generale, inclusi tutti i supplementi ordinari:			
	(di cui spese di spedizione € 257,04)	- annuale	€	**438,00**
	(di cui spese di spedizione € 128,52)	- semestrale	€	**239,00**
Tipo A1	Abbonamento ai fascicoli della serie generale, inclusi i soli supplementi ordinari contenenti i provvedimenti legislativi:			
	(di cui spese di spedizione € 132,57)	- annuale	€	**309,00**
	(di cui spese di spedizione € 66,28)	- semestrale	€	**167,00**
Tipo B	Abbonamento ai fascicoli della serie speciale destinata agli atti dei giudizi davanti alla Corte Costituzionale:			
	(di cui spese di spedizione € 19,29)	- annuale	€	**68,00**
	(di cui spese di spedizione € 9,64)	- semestrale	€	**43,00**
Tipo C	Abbonamento ai fascicoli della serie speciale destinata agli atti della CE:			
	(di cui spese di spedizione € 41,27)	- annuale	€	**168,00**
	(di cui spese di spedizione € 20,63)	- semestrale	€	**91,00**
Tipo D	Abbonamento ai fascicoli della serie destinata alle leggi e regolamenti regionali:			
	(di cui spese di spedizione € 15,31)	- annuale	€	**65,00**
	(di cui spese di spedizione € 7,65)	- semestrale	€	**40,00**
Tipo E	Abbonamento ai fascicoli della serie speciale destinata ai concorsi indetti dallo Stato e dalle altre pubbliche amministrazioni:			
	(di cui spese di spedizione € 50,02)	- annuale	€	**167,00**
	(di cui spese di spedizione € 25,01)	- semestrale	€	**90,00**
Tipo F	Abbonamento ai fascicoli della serie generale, inclusi tutti i supplementi ordinari, e dai fascicoli delle quattro serie speciali:			
	(di cui spese di spedizione € 383,93)	- annuale	€	**819,00**
	(di cui spese di spedizione € 191,46)	- semestrale	€	**431,00**
Tipo F1	Abbonamento ai fascicoli della serie generale inclusi i supplementi ordinari con i provvedimenti legislativi e ai fascicoli delle quattro serie speciali:			
	(di cui spese di spedizione € 264,45)	- annuale	€	**682,00**
	(di cui spese di spedizione € 132,22)	- semestrale	€	**357,00**

N.B.: L'abbonamento alla GURI tipo A, A1, F, F1 comprende gli indici mensili
Integrando con la somma di € 80,00 il versamento relativo al tipo di abbonamento alla ***Gazzetta Ufficiale*** - parte prima - prescelto, si riceverà anche l'**Indice Repertorio Annuale Cronologico per materie anno 2010.**

CONTO RIASSUNTIVO DEL TESORO

Abbonamento annuo (incluse spese di spedizione)	€	**56,00**

PREZZI DI VENDITA A FASCICOLI
(Oltre le spese di spedizione)

Prezzi di vendita:	serie generale	€	1,00
	serie speciali (escluso concorsi), ogni 16 pagine o frazione	€	1,00
	fascicolo serie speciale, *concorsi*, prezzo unico	€	1,50
	supplementi (ordinari e straordinari), ogni 16 pagine o frazione	€	1,00
	fascicolo Conto Riassuntivo del Tesoro, prezzo unico	€	6,00

I.V.A. 4% a carico dell'Editore

PARTE I - 5ª SERIE SPECIALE - CONTRATTI ED APPALTI

(di cui spese di spedizione € 127,00)	- annuale	€	**295,00**
(di cui spese di spedizione € 73,20)	- semestrale	€	**162,00**

GAZZETTA UFFICIALE - PARTE II

(di cui spese di spedizione € 39,40)	- annuale	€	**85,00**
(di cui spese di spedizione € 20,60)	- semestrale	€	**53,00**

Prezzo di vendita di un fascicolo, ogni 16 pagine o frazione (oltre le spese di spedizione) € 1,00
I.V.A. 20% inclusa

RACCOLTA UFFICIALE DEGLI ATTI NORMATIVI

Abbonamento annuo	€	**190,00**
Abbonamento annuo per regioni, province e comuni - SCONTO 5%	€	**180,50**
Volume separato (oltre le spese di spedizione)	€	18,00

I.V.A. 4% a carico dell'Editore

Per l'estero i prezzi di vendita, in abbonamento ed a fascicoli separati, anche per le annate arretrate, compresi i fascicoli dei supplementi ordinari e straordinari, devono intendersi raddoppiati. Per il territorio nazionale i prezzi di vendita dei fascicoli separati, compresi i supplementi ordinari e straordinari, relativi ad anni precedenti, devono intendersi raddoppiati. Per intere annate è raddoppiato il prezzo dell'abbonamento in corso. Le spese di spedizione relative alle richieste di invio per corrispondenza di singoli fascicoli, vengono stabilite, di volta in volta, in base alle copie richieste.

N.B. - Gli abbonamenti annui decorrono dal 1° gennaio al 31 dicembre, i semestrali dal 1° gennaio al 30 giugno e dal 1° luglio al 31 dicembre.

RESTANO CONFERMATI GLI SCONTI IN USO APPLICATI AI SOLI COSTI DI ABBONAMENTO

ABBONAMENTI UFFICI STATALI
Resta confermata la riduzione del 52% applicata sul solo costo di abbonamento

* tariffe postali di cui al Decreto 13 novembre 2002 (G.U. n. 289/2002) e D.P.C.M. 27 novembre 2002 n. 294 (G.U. 1/2003) per soggetti iscritti al R.O.C.